

Die Verwaltung des Nachlasses durch mehrere
Testamentsvollstrecker

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät
der Universität Regensburg

vorgelegt von
Klaus Molitoris

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Wolfgang Reimann
Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Peter Gottwald

Tag der mündlichen Prüfung: 29.11.2004

Berichte aus der Rechtswissenschaft

Klaus Molitoris

**Die Verwaltung des Nachlasses
durch mehrere Testamentsvollstrecker**

Shaker Verlag
Aachen 2005

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 2004

Copyright Shaker Verlag 2005

Alle Rechte, auch das des auszugsweisen Nachdruckes, der auszugsweisen oder vollständigen Wiedergabe, der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen und der Übersetzung, vorbehalten.

Printed in Germany.

ISBN 3-8322-3563-9

ISSN 0945-098X

Shaker Verlag GmbH • Postfach 101818 • 52018 Aachen

Telefon: 02407 / 95 96 - 0 • Telefax: 02407 / 95 96 - 9

Internet: www.shaker.de • eMail: info@shaker.de

Meinem besten Freund und Ratgeber, meinem Bruder Robert

Vorwort:

Für all die mir entgegengebrachte Unterstützung, die wertvollen Anregungen, die stets konstruktive Kritik und die Motivation möchte ich mich herzlichst bei Herrn Prof. Dr. Reimann bedanken, der mir fachlich und menschlich ein Vorbild bleiben wird.

Herrn Prof. Dr. Gottwald danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und Herrn Prof. Dr. Servatius für den freundlichen Einblick in die Arbeit eines der bedeutendsten Testamentsvollstreckergremien.

Meiner Mutter Dott. Maura Molitoris und meiner Freundin Janina Kuhn gilt mein innerlichster Dank für die liebevolle Begleitung und den Glauben an meinen Erfolg, genauso wie meinem Vater Dr. Klaus Molitoris, der diese Arbeit überhaupt erst ermöglicht hat.

Inhaltsverzeichnis

Teil 1) Problemstellung.....	1
A) Bedeutung der Verwaltung des Nachlasses durch Testamentsvollstreckung.....	1
B) Fragestellung.....	7
C) Arbeitsmethode.....	8
Teil 2) Die Verwaltung des Nachlasses durch Testamentsvollstrecker.....	11
A) Grundlagen.....	11
I. Begriff der Verwaltung.....	11
II. Übertragung und Zweck.....	12
B) Umfang und Gegenstand des Verwaltungsrechts.....	15
I. Grundsatz.....	15
II. Beschränkungen.....	16
C) Inhalt des Verwaltungsrechts.....	17
I. Inbesitznahme des Nachlasses.....	17
II. Verfügungsmächtigung.....	18
1. Grundsatz.....	18
2. Einschränkungen.....	18
III. Eingehung von Verbindlichkeiten.....	19
1. Beschränkung der Ordnungsmäßigkeit.....	19
2. Einwilligung der Erben.....	21
3. Befreiende Erblasseranordnung.....	21
D) Vollstreckungsarten.....	22
I. Abwicklungsvollstreckung.....	22
1. Inhalt und Gegenstand.....	22
2. Befugnisse.....	23
II. Verwaltungsvollstreckung.....	24
1. Inhalt und Gegenstand.....	24
2. Zweck der Anordnung.....	26
3. Rechtliche Einordnung.....	26
III. Dauervollstreckung.....	27

1. Anwendungsbereich.....	27
2. Herausgabe erwirtschafteter Erträge.....	28
IV. Sonstige Vollstreckungsarten.....	29
1. Beaufsichtigende Testamentsvollstreckung.....	29
2. Erbteils-, Nacherben- und Vermächtnisvollstreckung.....	29
 Teil 3) Konstellation bei mehreren Testamentsvollstreckern.....	31
 A) Anwendungsfälle und Gestaltungsmöglichkeiten.....	31
I. Im Nachlaß liegende Gründe.....	31
II. Kontrollbedürfnis.....	32
III. Gesetzliche Gründe.....	34
IV. Faktische Gründe.....	35
 B) Die Ernennung mehrerer Testamentsvollstrecker.....	36
I. Ernennung durch Anordnung des Erblassers.....	36
1. Allgemeines.....	36
2. Abgrenzung.....	36
a) Zur Verwaltungsanordnung.....	36
aa) Obergerichtliche Entscheidungen.....	37
(1) Zur angeordneten Hinzuziehung eines Rechtsanwalts.....	37
(2) Zur angeordneten Zustimmungspflichtigkeit oder Hinzuziehung eines Dritten.....	38
bb) Stellungnahme.....	38
b) Zur reinen Nebenvollstreckung.....	39
3. Besondere Konstellationen.....	40
a) Alleinerbschaft.....	40
b) Mehrere Erben.....	41
II. Ernennung durch den Testamentsvollstrecker.....	41
1. Verpflichtung zur Ernennung ?.....	42

2. Umfang des Ernennungsrechts.....	43
a) Aufgabenzuweisung durch den Ernennungsberechtigten ?.....	43
b) Zahl der zu ernennenden Mitvollstrecker.....	44
3. Handlungsbefugnis bis zum Amtsantritt.....	44
4. Ernennungsentscheidung durch mehrere Testamentsvollstrecker.....	45
5. Ernennungsbefugnis des Alleinerbentestamentsvollstreckers ?.....	47
III. Ernennung durch Dritte.....	48
IV. Ernennung durch das Nachlaßgericht.....	49
V. Zwischenergebnis.....	49
 C) Die Durchführung der Verwaltung.....	 51
I. Rahmenbedingungen.....	51
1. Gesetzliche Grundlagen.....	51
a) Gemeinschaftliche Amtsführung.....	51
aa) Begriffsklärung.....	51
bb) Vereinbarkeit mit der Stellvertretung.....	53
(1) Bevollmächtigung Dritter.....	53
(2) Bevollmächtigung eines Mitvollstreckers.....	54
(a) Vereinbarkeit mit § 181.....	55
(b) Vollmachtsgegenstand.....	55
(3) Zulässigkeit der Generalvollmacht.....	56
(a) Erteilung an einen Dritten.....	56
(aa) Ansicht von Haegele/Winkler.....	57
(bb) Gegenansicht.....	58
(cc) Stellungnahme.....	60
(b) Erteilung an einen Mitvollstrecker.....	61
(c) Ergebnis.....	62
cc) Bezüglich verfahrensrechtlicher Maßnahmen.....	62
(1) Grundsatz.....	62
(2) Ausnahmen.....	63
b) Ausnahme der notwendigen Maßnahmen.....	63

aa) Voraussetzungen.....	64
(1) Vorliegen einer Erhaltungsmaßnahme.....	64
(a) Begriffsklärung.....	64
(b) Hinsichtlich Nachlaßforderungen.....	64
(aa) Ansicht des OLG Saarbrücken.....	65
(bb) Stellungnahme.....	65
(c) Ergebnis.....	66
(2) Notwendigkeit der Durchführung.....	66
(a) Begriffsklärung.....	66
(b) Besonderheit bei rechtlichen Maßnahmen.....	67
(c) Notverwaltungsrecht bei Gefahr im Verzug ?	68
(d) Unaufschiebbarkeitskriterium.....	68
(aa) BGH-Entscheidung zur Miterbengemeinschaft.....	68
(bb) Übertragbarkeit.....	69
(aaa) Systematische Erwägungen.....	69
(bbb) Wertungsebene.....	70
(cc) Ergebnis.....	71
(3) Gegenstand der Maßnahme.....	71
(4) Ergebnis.....	71
bb) Rechtsfolge.....	72
(1) Bei Vorliegen einer notwendigen Erhaltungsmaßnahme.....	72
(2) Bei Nichtvorliegen einer notwendigen Erhaltungsmaßnahme.....	73
(3) Im Streitfall.....	74
cc) Unabdingbarkeit.....	74
c) Vornahme ohne erforderliches Einverständnis.....	75
d) Zwischenergebnis.....	76
2. Anordnungen des Erblassers.....	77
a) Form.....	77
b) Grenzen.....	78
c) Gestaltungsmöglichkeiten.....	78

aa) Bezüglich der Entscheidungsfindung im	
Testamentsvollstreckerghremium.....	78
(1) Gemeinschaftliche Amtsführung.....	79
(2) Mehrheitsprinzip.....	79
(a) Zulässigkeit.....	79
(b) Rechtsfolgen im Außenverhältnis.....	80
(aa) Ansicht von Haegele/Winkler.....	80
(bb) Gegenauffassung.....	81
(cc) Stellungnahme.....	82
(c) Formulierungsvorschlag.....	82
(d) Festlegung des Zustandekommens der erforderlichen Mehrheit.....	83
(e) Auswirkungen im Innenverhältnis.....	83
(f) Auswirkungen im Verhältnis zum Nachlaßgericht.....	84
(3) Nebenvollstreckung.....	84
(a) Abgrenzung.....	84
(b) Anwendungsfälle.....	85
bb) Bezüglich der Geschäftsverteilung bzw. Vertretungsverhältnisse.....	86
(1) Alleinvertretung im Außenverhältnis.....	86
(2) Geschäftsverteilungsplan.....	87
(3) Vollmachterteilung zur Erweiterung der Rechtsmacht.....	87
(a) Erteilung von Spezialvollmachten.....	88
(b) Erteilung einer Generalvollmacht.....	88
d) Zwischenergebnis.....	89
3. Meinungsverschiedenheiten im Rahmen der Verwaltungstätigkeit.....	90
a) Entscheidung durch das Nachlaßgericht.....	91
aa) Sachliche Zuständigkeit.....	91
(1) Abgrenzung.....	91
(2) Kompetenz zur Klärung rechtlicher Vorfragen.....	93
(a) Entscheidung des OLG Hamburg.....	93
(b) Ansicht Baur.....	95

(c) Stellungnahme.....	96
(3) Einzelfälle.....	96
(4) Zeitliche Einschränkungen.....	98
(5) Funktionelle Zuständigkeit.....	99
(6) Sonderzuständigkeit des Landwirtschaftsgerichts.....	99
bb) Antragsstellung.....	99
(1) Antragsberechtigte.....	99
(a) Mitvollstrecker.....	100
(b) Sonstige Beteiligte.....	100
(aa) Argumente für ein Antragsrecht.....	100
(bb) Argumente gegen ein Antragsrecht.....	101
(cc) Stellungnahme.....	102
(2) Ausübung durch die Mitvollstrecker.....	103
cc) Entscheidungsmöglichkeiten des Nachlaßgerichts.....	104
(1) Bestehen einer grundsätzlich selbständigen Entscheidungsbefugnis ?..	104
(2) Selbständige Entscheidungsbefugnis bei unwesentlichen Abweichungen ?	105
(a) Entscheidung des OLG München.....	105
(b) Stellungnahme.....	107
(3) Ergebnis.....	108
dd) Wirksamkeit der Entscheidung.....	108
(1) Grundsatz.....	108
(2) Bei Wegfall bis auf einen.....	108
ee) Wirkung der Entscheidung.....	109
(1) Argumente für verpflichtende Wirkung.....	110
(2) Argumente für ersetzende Wirkung.....	111
(3) Stellungnahme.....	111
ff) Gebundener Personenkreis.....	112
gg) Beschwerdeberechtigung gegen die Entscheidung.....	114
(1) Beschwerdeberechtigung der Testamentsvollstrecker.....	114

(a) Unterscheidung nach Entscheidungsinhalt.....	114
(b) Statthaftigkeit.....	114
(2) Beschwerdeberechtigung Dritter.....	115
(a) Ansicht Winklers und Reimanns.....	115
(b) Gegenauffassung.....	116
(c) Stellungnahme.....	116
hh) Kosten der Entscheidung.....	117
b) Abweichende Anordnungen des Erblassers.....	118
aa) Grundsätzliche Möglichkeiten.....	118
bb) Zulässigkeit des Ausschlusses des Nachlaßgerichts.....	119
c) Zwischenergebnis.....	120
II. Praktische Hinweise zur Verwaltung.....	121
D) Wegfall eines Mitvollstreckers.....	122
I. Konstellationen.....	122
1. Anwendungsfälle der tatsächlichen und dauernden rechtlichen Verhinderung..	122
2. Anwendbarkeit bei vorübergehender rechtlicher Verhinderung.....	123
3. Sonderfall der gleichzeitigen Miterben- und Mitvollstreckerstellung.....	123
a) Ansicht des Kammergerichts.....	124
b) Ansicht des Reichsgerichts.....	124
c) Stellungnahme.....	125
4. Anwendbarkeit bei vorübergehender tatsächlicher Verhinderung.....	126
a) Analoge Anwendung des § 2224 Abs. 1 S. 2.....	126
b) Analogie zu § 1846 Alt. 2.....	127
c) Lösungsmöglichkeiten.....	127
II. Rechtsfolgen.....	128
1. Anordnungen des Erblassers.....	128
a) Ersatzberufung.....	128
b) Beendigung der Verwaltung.....	129
2. Gesetzliche Regelung.....	130
a) Grundsatz.....	130

b) Bei Wegfall bis auf einen.....	130
E) Haftung.....	132
I. Haftung nach § 2219.....	132
1. Voraussetzungen der Haftung.....	132
a) Objektive Pflichtverletzung.....	133
b) Verschulden.....	133
aa) Zurechenbarkeit.....	133
bb) Auswirkungen bei bestehendem Mehrheitsprinzip.....	134
(1) Gesellschaftsrechtliche Lösung.....	134
(2) Vergleichbarkeit.....	135
(3) Ergebnis.....	136
cc) Auswirkungen angeordneter Nebenvollstreckung.....	136
dd) Zurechnung von Drittverschulden.....	137
c) Schaden.....	138
2. Problematische Anwendungsfälle.....	138
a) Aufsichtspflicht über Mitvollstrecker.....	138
b) Ernennung von Mitvollstreckern.....	139
c) Kündigung zur Unzeit.....	139
d) Sukzessive Tätigkeit mehrerer Testamentsvollstrecker.....	140
3. Rechtsfolge.....	141
a) Im Außenverhältnis.....	141
aa) Gesamtschuldnerische Haftung nach § 2219 Abs. 2.....	141
bb) Gesamtschuldnerische Haftung sukzessiv tätiger mehrerer Testamentsvollstrecker ?.....	142
(1) Anwendbarkeit von § 2219 Abs. 2 ?.....	142
(2) Gesamtschuld im Sinne der §§ 421 ff.	142
(a) Problemstellung.....	143
(b) Obergerichtliche Parallelentscheidungen.....	143
(c) Übertragbarkeit.....	144
(d) Ergebnis.....	145

b) Im Innenverhältnis.....	145
aa) Grundsatz.....	145
bb) Modifizierungen aufgrund Geschäftsverteilungsvereinbarung.....	146
cc) Übertragbarkeit des § 1833 Abs. 2 S. 2.....	146
(1) Planwidrige Regelungslücke.....	147
(2) Vergleichbarkeit.....	147
(3) Ergebnis.....	148
II. Haftung aus allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften.....	149
1. Vertragliche und vorvertragliche Ansprüche.....	149
a) Allgemeines.....	149
b) Haftung aus rollengebundenem Vertrauen.....	150
2. § 179.....	151
3. Deliktische Ansprüche.....	152
III. Gesellschaftsrechtliche Haftung.....	153
1. Problemstellung.....	153
2. Lösungsvorschlag.....	153
F) Vergütung.....	155
I. Anordnungen des Erblassers.....	155
1. Gestaltungsmöglichkeiten.....	155
a) Motive des Erblassers.....	155
b) Differenzierungsmöglichkeiten.....	156
c) Festsetzung durch die Mitvollstrecker selbst.....	157
d) Mögliche Bezugsgrößen.....	157
2. Abweichende Vereinbarungen.....	158
II. Gesetzliche Regelung.....	159
1. Auslegung der Angemessenheit im Sinne des § 2221.....	159
2. Berechnungsmöglichkeiten bei Mehrheit von Testamentsvollstreckern.....	160
a) Aufteilung nach Köpfen.....	160
b) Vervielfachung nach Köpfen.....	162
c) Vermittelnde Ansichten.....	162

d) Ansicht Zimmermanns.....	163
e) Orientierung an Geschäftsführer- bzw. Vorstandsbezügen.....	164
f) Ansicht des BGH.....	165
g) Entscheidung des OLG Karlsruhe.....	166
h) Lösungen ausländischer Rechtsordnungen.....	167
i) Stellungnahme.....	168
3. Sondervergütungen.....	170
4. Meinungsverschiedenheiten zwischen den Testamentsvollstreckern.....	170
G) Auslagenersatz	172
I. Prozeßkosten bei streitiger Mitvollstreckerernennung oder –absetzung.....	172
II. Aufwendungsersatz bei Verfahren nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2.....	172
1. Lösungsmöglichkeiten.....	173
2. Stellungnahme.....	173
H) Prozeßführungsbefugnis.....	175
I. Aktivlegitimation.....	175
1. Grundsatz.....	175
2. Ausnahme.....	176
a) Klage auf Vergütung bzw. Aufwendungsersatz.....	176
b) Klagen infolge Verwaltungsmaßnahmen nach § 2224 Abs. 2.....	176
c) Klage nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2.....	177
d) Klagen nach Wegfall eines Mitvollstreckers.....	177
e) Haftpflichtklage gegen früheren Testamentsvollstrecker.....	177
II. Passivlegitimation.....	179
1. Klagen Dritter gegen den Nachlaß.....	179
a) Differenzierung nach Klagegegenstand.....	179
b) Vorliegen einer notwendigen Streitgenossenschaft.....	180
aa) Voraussetzungen bezüglich des Gegenstands der Klage.....	180
bb) Voraussetzungen bezüglich des Verhaltens der Mitvollstrecker.....	181
(1) Ansicht des BGH.....	181

(2) Ansicht Henckels.....	181
(3) Stellungnahme.....	182
2. Klagen von Erben und Vermächtnisnehmern.....	183
a) Gegen die Mitvollstrecker persönlich.....	183
b) Gegen die Mitvollstrecker in ihrer Amtseigenschaft.....	183
c) Vorliegen einer notwendigen Streitgenossenschaft ?	184
aa) Grundsatz.....	184
bb) Ausnahmefälle.....	184
(1) Persönliche Klagen.....	184
(2) Klage aus §§ 2218, 666.....	185
(3) Negative Feststellungsklage bezüglich Vergütung.....	185
(4) Klagen bei Verweigerung durch einzelnen Mitvollstrecker.....	185
I) Entlassung eines Mitvollstreckers.....	186
I. Allgemeines.....	186
II. Spannungen zwischen Mitvollstreckern als Entlassungsgrund ?	186
1. Ansicht des Kammergerichts.....	186
2. Ansicht des OLG Hamburg.....	187
3. Stellungnahme.....	188
J) Testamentsvollstreckerzeugnis.....	189
I. Allgemeines.....	189
II. Besonderheiten bei Mehrheit von Testamentsvollstreckern.....	189
1. Antragsstellung.....	189
2. Inhalt.....	190
3. Berichtigung.....	191
a) Zulässigkeit.....	191
b) Anwendungsfälle.....	193
K) Beendigung der Verwaltung.....	195
I. Besonderheiten bezüglich der gesetzlichen Beendigungsgründe.....	195

II. Anordnungen des Erblassers.....	195
L) Kautelarjuristische Praxis.....	197
I. Zur Einsetzung mehrerer Testamentsvollstrecker.....	197
II. Zur gemeinschaftlichen Amtsführung.....	198
III. Zum Wegfall eines Mitvollstreckers.....	199
IV. Stellungnahme.....	200
Teil 4) Schlußbetrachtung.....	201

Literaturverzeichnis**Adams Stephani**

Der Alleinerbe als Testamentsvollstrecker, in: ZEV 1998, 321 ff.

Interessenkonflikte des Testamentsvollstreckers, Diss. Bochum, 1996

Alternativkommentar zum BGB

Wassermann Rudolf (Hrsg.), Band 6 Erbrecht, Luchterhand, Neuwied, 1990

(Zitat: AK/Bearbeiter)

Atherton Rosalind F./Vines Prue

Australian succession law - commentary and materials, Butterworths, Sydney, 1996

Bamberger Heinz Georg/Roth Herbert

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 3, Beck, München, 2003

(Zitat: Bamberger/Roth/Bearbeiter)

Baumbach Adolf/Hueck Alfred/Zöllner Wolfgang

GmbH-Gesetz, 15. Auflage, Beck, München, 2003

Baur Fritz

Anmerkung zum BGH-Beschluß vom 18.4. 1956, in: JZ 1956, 494 ff.

Bengel Manfred/Reimann Wolfgang

Handbuch der Testamentsvollstreckung, 3. Auflage, Beck, München, 2001

(Zitat: Bengel/Reimann/Bearbeiter)

Breslauer Albert

Vollmachtserteilung durch einen Testamentsvollstrecker, in: DNotZ 1930, 406 ff.

Brox Hans

Erbrecht, 20. Auflage, Heymanns, Köln, 2003

Buchner Markus Matthias

Der Constructive Trust, Diss. Tübingen, 1995

Carlebach Rudolf

Kommentar zum Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Heß, Stuttgart, 1913

Coing Helmut

Rechtsformen der privaten Vermögensverwaltung, in: AcP 1967, 99 ff.

Damrau Jürgen

Anmerkung zum Beschluß des OLG Zweibrücken vom 30.6.1999, in: ZEV 2001, 285 ff.

Dauner-Lieb Barbara/**Heidel** Thomas/**Ring** Gerhard

Anwaltkommentar BGB, Band 5 Erbrecht, Deutscher Anwalt Verlag, Bonn, 2004

Denkschrift zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Heymanns, Berlin, 1896

Dernburg Heinrich

Deutsches Erbrecht, 2. Auflage, Buchhaus des Waisenhauses, Halle an der Saale, 1905

Deutscher Erbrechtskommentar

Deutsche Gesellschaft für Erbrechtswissenschaften (Hrsg.), Heymanns, Köln, 2003

Dittmann Ottmar/Reimann Wolfgang/Bengel Manfred

Testament und Erbvertrag, 4. Auflage, Luchterhand, Neuwied, 2003

Ebenroth Carsten Thomas

Erbrecht, Beck, München, 1992

Eibl Michaela

Die Erbteilsvollstreckung, Diss. Regensburg, 2002

Erman

Bürgerliches Gesetzbuch, Harm Peter Westermann, 10. Auflage, Aschendorff, Münster
Band I, 2000

Band II, 2000

(Zitat. Erman/Bearbeiter)

Felix Günther

Testament und Erbvertrag – Steuerungsinstrumente mit hohem Beratungsrisiko,
in: DStZ 1987, 599 ff.

Firsching Karl

Nachlaßrecht, 7. Auflage, Beck, München, 1994

Garlichs Erich Theodor

Passivprozesse des Testamentsvollstreckers, Diss. Konstanz, 1995

Gatermann Michael/Wilhelm Winfried

Die wahren Erben, in: Manager-Magazin 10/1991, 119 ff.

Gernhuber Joachim/Coester-Waltjen Dagmar

Lehrbuch des Familienrechts, 4. Auflage, Beck, München, 1994

Gerold Wilhelm/Schmidt Herbert/v. Eicken Kurt/Madert Wolfgang

Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte, 15. Auflage, Beck, München, 2002

Geßler Ernst, Hefermehl Wolfgang, Eckardt Ulrich, Kropff Bruno

Aktiengesetz Band II, Vahlen, München, 1979

Göttlich Walter/Mümmler Alfred

Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte, 20. Auflage, Luchterhand, Neuwied, 2001

Groll Klaus Michael

Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, Schmidt, Köln, 2001

Haas/Lieb

Die Angemessenheit der Testamentsvollstreckervergütung nach § 2221 BGB,
in: ZERB 2002, 202 ff.

Haegel Karl/Epple Dieter

Muster für Testamente, 8. Auflage, Boorberg, Stuttgart, 1998

Haegel Karl/ Winkler Karl

Der Testamentsvollstrecker nach bürgerlichem, Handels- und Steuerrecht, Handbuch für die Praxis, 16. Auflage, Walhalla, Regensburg, 2001

Geiser Thomas/**Honsell** Heinrich/**Vogt** Peter

Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch II, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1998

Großkommentar Aktiengesetz

Klaus J. Hopt (Hrsg.), 4. Auflage, de Gruyter, Berlin

Hayton David J.

cases and commentary on the law of trusts, 9th edition, Sweet & Maxwell/Stevens, London, 1991

Henckel Wolfram

Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, Winter, Heidelberg, 1961

Henn Günter

Handbuch des Aktienrechts, C. F. Müller, Heidelberg, 7. Auflage, 2002

Herzfelder Felix

Anmerkung zum Beschluß des Kammergerichts vom 24.10.1929, in: JW 1930, 1074 f.

Jakobs Horst Heinrich/**Schubert** Werner

Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, §§ 1922-2385 Teil 2, de Gruyter, Berlin, 2002

Jansen Paul

Kommentar zum FGG, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Nebengesetzen und bundes- und landesrechtlichen Ergänzungs- und Ausführungsvorschriften, de Gruyter, Berlin, 2. Auflage

Erster Band §§ 1-34 FGG, §§ 23-30 EGGVG, Art. 7 FamRÄndG, 1969

Zweiter Band, §§ 35-166 FGG, 1970

Josef Eugen

Streitfragen aus der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: Sächsisches Archiv für Rechtspflege 1915, 25 ff.

Keidel Theodor/Winkler Karl/Kuntze Joachim

Freiwillige Gerichtsbarkeit – Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 15. Auflage, Beck, München, 2003

Kersten Fritz/Bühling Selmar

Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 20. Auflage, Heymanns, Köln, 1994

Kipp Theodor/Coing Helmut

Erbrecht, 14. Auflage, Mohr, Tübingen, 1990

Kirchner Jens

Vormundschaft und Testamentsvollstreckung im Elterntestament, in: MittBayNot 1997, 203 ff.

Kirnberger Christian

Die steuerliche Behandlung der Testamentsvollstreckervergütung, Diss. Passau, 1998

Klingelhöffer Hans

Vermögensverwaltung in Nachlaßsachen, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 2002

Klußmann Günther

Zur Testamentsvollstreckung bei Beteiligungen an Personengesellschaften, in: BB 1966, 1209 ff.

Korintenberg Werner/**Lappe** Friedrich/**Bengel** Manfred/**Reimann** Wolfgang

Kostenordnung, Gesetz über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und ergänzende Vorschriften, Kommentar, 15. Auflage, Vahlen, München, 2002

Lange Heinrich

Die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers und ihre Grenzen, in: JuS 1970, 101 ff.

Lange Heinrich/**Kuchinke** Kurt

Lehrbuch des Erbrechts, 5. Auflage, Beck, München, 2001

Larenz Karl/**Canaris** Claus-Wilhelm

Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Auflage, Springer, Berlin, 2003

Lehmann Hannes

Die unbeschränkbare Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, in: AcP 1988, 1 ff.

Linde Trutz/**Clausnitzer** Martin/**Kohlhepp** Hubert

Vorteilhafte Testamentsgestaltung, Haufe, Freiburg, 1999

Lübtow Ulrich von

Erbrecht 2. Halbband, Eine systematische Darstellung, Duncker&Humblot, Berlin, 1971

Mayer Jörg/ **Bonefeld** Michael/ **Daragan** Hanspeter

Praxishandbuch Testamentsvollstreckung, Zerb, Angelbachtal, 2000

McGuire William J.

The succession act – a commentary, The Incorporated Law Society of Ireland, 1965

Mittmann Christof

Die Fortführung eines Handelsgeschäftes durch einen Testamentsvollstrecker, Diss. Göttingen, 1969

Motive

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich

Band II (Schuldrecht), Berlin, 1888

Band IV (Familienrecht), Berlin, 1888

Band V (Erbrecht), Berlin, 1888

Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht

Scherer Stephan (Hrsg.), Beck, München, 2002

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

Rebmann Kurt (Hrsg.), Beck, München

Band 1 Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2001

Band 3 Schuldrecht Besonderer Teil I, 3. Auflage, 1995

Band 5 Schuldrecht Besonderer Teil III, 3. Auflage, 1997

Band 8 Familienrecht II, 4. Auflage, 2002

Band 9 Erbrecht, 3. Auflage, 1997

(Zitat: Münchener Kommentar/Bearbeiter)

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung

Lüke Gerhard/Wax Peter (Hrsg.), 2. Auflage, Beck, München, 2000

Band 1, §§ 1-354

Aktualisierungsband ZPO-Reform 2002 und weitere Reformgesetze

(Zitat: Münchener Kommentar zur ZPO/Bearbeiter)

Münchener Vertragshandbuch

Band 4 Halbband 2, Heidenhain Martin (Hrsg.), 4. Auflage, Beck, München, 1998

Muscheler Karlheinz

Die Haftungsordnung des Testamentsvollstreckers, Habil. Freiburg, 1992

Nath Herbert/**Fingerhut** Michael

Formularbuch für Verträge, 9. Auflage, Heymanns, Köln, 2001

Nieder Heinrich

Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Auflage, Beck, München, 2000

Palandt

Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Auflage, Beck, München, 2004

(Zitat: Palandt/Bearbeiter)

Pickel Michael

Die Haftung des Testamentsvollstreckers und seine Versicherung, Diss. Köln, 1986

Pikalo Alfred

Das landwirtschaftliche Zuweisungsverfahren, in: NJW 1955, 1175 ff.

Planck Gottlieb

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, V. Band (Erbrecht), 4. Auflage, Guttenberg, Berlin, 1930

(Zitat: Planck/Bearbeiter)

Prausnitz Alice

Formularkommentar Band 6, 22. Auflage, Heymanns, Köln, 1986

Presser

Kompetenzfragen unter Miterben, in: JW 1933, 145 ff.

Protokolle

Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, J. Guttentag, Berlin

Band IV (Familienrecht), 1897

Band V (Erbrecht), 1899

Pyszka Tillmann

Unentgeltliche Verfügungen des Vorerben und des Testamentsvollstreckers, Diss. München, 1989

Reichsgerichtsrätekommmentar

Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, 12. Auflage, Band V Teil 2, de Gruyter, Berlin 1975

(Zitat: RGRK/Bearbeiter)

Reimann Wolfgang

Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 3.7.1989, in: DNotZ 1990, 190 ff.

Die Kontrolle des Testamentsvollstreckers, FamRZ 1995, 588 ff.

Anmerkung zum Beschluß des OLG Hamm vom 13.1.1993, in: MittBayNot 1994, 55 f.

Die Berechnung der Testamentsvollstreckervergütung nach den neueren Tabellen,
in: DStR 2002, 2008 ff.

Anmerkung zum BGH-Urteil vom 25.6.2003, in: LMK 2004, 27 f.

Gesamtschuldnerische Haftung sukzessiv tätiger Testamentsvollstrecker ?,
in: ZEV 2004, 234

Richardi Reinhard

Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers an der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft, Berlin, 1961

Sauerlandt

Meinungsverschiedenheiten zwischen Testamentsvollstreckern, in: DFG 1940, 11 ff.

Schaub

Wie sind Meinungsverschiedenheiten mehrerer Mitvormünder oder Mittestamentsvollstrecker zu entscheiden, in: DJZ 1908, 700 ff.

Schlegelberger Franz

Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Band I, §§ 1-124, 7. Auflage, Heymanns, Köln, 1956

Schlüter Wilfried

Erbrecht 14. Auflage, Beck, München, 2000

Schneider Egon

Die Gebührenerhöhung nach § 6 Abs. 1 Satz 2 BRAGO wegen Auftraggebermehrheit in derselben Angelegenheit, in: JurBüro 1979, 1409 ff.

Scholz Franz/ Schneider Uwe

Kommentar zum GmbH-Gesetz, 9. Auflage, Band I §§ 1-44 GmbHG, Dr. Otto Schmidt, Köln, 2000

Schumann Alfred/Geißinger Mathias

Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte, 2. Auflage, de Gruyter, Berlin

Band 1, 1974

Band 2, 1979

Schwarz Günter Christian

Die Gesamtvertreterermächtigung – Ein zivil- und wirtschaftsrechtliches Rechtsinstitut, in: NZG 2001, 529 ff.

Soergel Hans Theodor

Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer, Stuttgart, 13. Auflage

Band 1 Allgemeiner Teil 1, 2000

Band 2 Allgemeiner Teil 2, 1999

Band 21 Erbrecht 1, 2002

Band 22 Erbrecht 2, 2003

Band 23 Erbrecht 3, 2002

(Zitat: Soergel/Bearbeiter)

Stamm Jürgen

Die Gesamtschuld auf dem Vormarsch, in: NJW 2003, 2940 ff.

Staudinger Julius von

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, de Gruyter, Berlin

Buch 1 Allgemeiner Teil Band V, §§ 164-240, 14. Auflage, 2001

Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse Band XI, §§ 397-432, 13. Auflage, 1999

Buch 4 Familienrecht, Band XIV, §§ 1733-1895, 13. Auflage, 1999

Buch 5 Erbrecht, Band III, §§ 1967-2063, 14. Auflage, 2002

Buch 5 Erbrecht, Band V, §§ 2197-2264, 14. Auflage, 2003

Buch 5 Erbrecht, Band VII, §§ 2339-2385, 13. Auflage, 1997

(Zitat: Staudinger/Bearbeiter)

Ulmer Peter

Nachlaßzugehörigkeit vererbter Personengesellschaftsbeteiligungen, in: NJW 1984, 1496 ff.

Weirich Heinrich

Erben und Vererben, 5. Auflage, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, 2004

Williams Howard R.

cases, materials and problems of professional responsibility on decedent's estates and trusts, Foundation Pr., Mineola, 1968

Wurm Carl/**Wagner** Hermann/**Zartmann** Hugo

Das Rechtsformularbuch, 10. Auflage, Schmidt, Köln, 1977

Zimmermann Walter

Die angemessene Testamentsvollstreckervergütung, in: ZEV 2001, 334 ff.

Die Nachlaßpflegschaft, Giesecking, Bielefeld, 2001

Die Testamentsvollstreckung, 2. Auflage, Schmidt, Berlin, 2003

Teil 1: Problemstellung

A) Bedeutung der Verwaltung des Nachlasses durch Testamentvollstrecker

Neben Gestaltungsmitteln zur Regelung der Verteilung des Nachlasses gibt das Erbrecht dem Erblasser auch solche an die Hand, mit denen er die Einflußnahme auf die spätere Verwendung seines Vermögens über den Tod hinaus sicherstellen kann.¹

Als einem solchen Instrument der erbrechtlichen Gestaltung kommt der Testamentvollstreckung entscheidende Bedeutung vor allem in der Praxis zu. Deren Ziel ist es, eine nach Vorstellung des Erblassers sinnvolle Verwaltung des Nachlasses über einen gewissen Zeitraum zu gewährleisten, indem er die möglichst genaue Vollziehung seines letzten Willens einer besonderen Vertrauensperson, dem Testamentvollstrecker, überläßt.²

Die Motivation des Erblassers kann hierbei sehr unterschiedlich sein. Sie reicht von der Vereinfachung der Abwicklung und Verwaltung des Nachlasses, etwa bei einer großen Zahl von Begünstigten oder bei im Ausland wohnhaften Beteiligten, der Gewährleistung der Erfüllung angeordneter Vermächtnisse und Auflagen, über die Vorsorge zur Sicherung der Unternehmensnachfolge beziehungsweise zum Schutz des Nachlasses vor geschäftlich unerfahrenen oder böswilligen Erben, bis hin zur gezielten Bevorzugung eines Erben vor den anderen Miterben. Mit anderen Worten schenkt der Erblasser sein Vertrauen, das er, aus welchen Gründen auch immer, seinen Erben nicht entgegenbringen kann oder will, der Person des Testamentvollstreckers, die er aufgrund persönlicher Verbundenheit und/oder besonderer Sachkunde für geeignet hält.³

Während die Erben Rechtsträger des Nachlasses bleiben, übt die tatsächliche Herrschaft indes der Testamentvollstrecker aus.⁴ Diese komplette rechtliche Spaltung des Nachlasses ist innerhalb der auf der Gesamtrechtsnachfolge nach § 1922 als Grundlage aufbauenden Erbrechtssystematik nahezu ein „Fremdkörper“⁵ und nimmt deshalb im Rahmen der erbrechtlichen Gestaltungsmittel eine Sonderstellung ein. Gerade die durch die Anordnung

¹ Vgl. Nieder, Rn. 890; Münchener Kommentar/Brandner, Vor § 2197 Rn. 1: auflösend bedingte Erbeinsetzung (§ 2075), Rückvermächtnis (§§ 2176, 2191), Auflage (§§ 1940, 2192 ff.), aufgeschobenes Vermächtnis (§ 2177), Erbteilungsverbot (§ 2044), Teilungsanordnung (§ 2048), Nacherbschaft (§§ 2100 ff.), Verwirkungs- und Strafklauseln (§ 2074).

² Vgl. Lübtow, Erbrecht 2. Halbband, S. 922.

³ Vgl. Lange, in: JuS 1970, 101.

⁴ Vgl. Zimmermann, Die Testamentvollstreckung, Rn. 1.

⁵ Münchener Kommentar/Brandner, Vor § 2197 Rn. 1.

der Testamentsvollstreckung auf diese Weise umfassend ermöglichte schützende und vermögenserhaltende Funktion gewinnt aber natürlich in entsprechendem Maß an Bedeutung, je größer Umfang und Wert des betroffenen Nachlasses und die damit verbundenen Regelungsschwierigkeiten sind, insbesondere etwa bei gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen.

Dann kann es sogar geboten erscheinen, mehrere Testamentsvollstrecker mit der Verwaltung des Nachlasses zu betrauen, womit sich die vorliegende Darstellung näher auseinandersetzen will.

Im Vergleich zu der dem Testamentsvollstrecker zukommenden Machtfülle und seiner gegenüber den Nachlaßbeteiligten relativ unabhängigen Position erscheint nämlich die vom Gesetz vorgesehene Kontrolle vor allem bei größeren Nachlässen unzureichend, weshalb sich das Mehr-Testamentsvollstrecker-Modell hier besonders als Kontrollmechanismus empfiehlt.⁶ Denn bei der Verwaltung des Nachlasses durch mehrere Testamentsvollstrecker tritt zwangsläufig ein „balance of power“-Effekt ein, der eine interne Kontrollmöglichkeit der Testamentsvollstrecker schafft.⁷ Darüber hinaus eröffnet die Ernennung mehrerer Testamentsvollstrecker dem Erblasser die Möglichkeit, jeweils eine geeignete Person für den geschäftlichen und eine für den familiären Bereich oder mehrere Fachleute unterschiedlicher Herkunft beziehungsweise aus der gleichen Branche zur gegenseitigen Kontrolle zu berufen.⁸

So kann es nicht verwundern, daß die Zahl spektakulärer Testamentsvollstreckungsfälle mit mehreren Testamentsvollstreckern in den letzten Jahren stetig zugenommen hat. Beispielhaft sind etwa die Unternehmer Baur, Dornier, Sachs und Springer zu nennen, die ihren Erben Testamentsvollstreckergermien mit zum Teil ungewöhnlicher Machtfülle gegenübergestellt haben. Die Erblasser Baur und Dornier konnten als Mitvollstrecker sogar bedeutende Persönlichkeiten aus der Politik gewinnen, so die Eheleute Baur den jeweils amtierenden bayerischen Ministerpräsidenten seit Alfons Goppel, und Dornier den Landwirtschaftsminister Ertl, der neben der Schwiegertochter des Erblassers, der Rechtsanwältin Martine Dornier-Tiefenthaler, als Testamentsvollstrecker fungierte.

⁶ Vgl. Staudinger/Reimann, Vorbem zu §§ 2197-2228 Rn. 43 ff.

⁷ Vgl. Bengel/Reimann, Rn. 108.

⁸ Vgl. Reimann, in: FamRZ 1995, 588 (591).

Exemplarisch und zur Untermauerung dieser Anwendungsfälle soll im folgenden anhand des entsprechend ausgestalteten Unternehmertestaments von Axel Springer die rechtstatsächliche Seite der Einsetzung mehrerer Testamentsvollstrecker beleuchtet werden.⁹

Denn dieser hatte bereits in seinem ersten Testament von 1972 mehrere Testamentsvollstrecker eingesetzt, was er dann auch nach späteren einzelnen Änderungen seines letzten Willens stets beibehielt. So setzte sich das von ihm zur Verwaltung seines Nachlasses bestimmte Gremium aus drei Testamentsvollstreckern zusammen, seiner Frau Friede Springer, seinem Rechtsberater und Vertrauten Prof. Dr. Bernhard Servatius und seinem journalistischen Weggefährten Ernst Cramer. Die Gründe für eine solche Anordnung lagen dabei in erster Linie im Nachlaß selbst begründet. Dessen wesentlichsten Gegenstand stellte das Unternehmen „Springer“ dar, welches der Erblasser als sein berufliches Lebenswerk ansah und dessen weiteres publizistisches Wirken nach seinen Leitgrundsätzen er ausdrücklich als oberste Priorität seiner letztwilligen Verfügungen festlegte. Um auf der einen Seite die Erfüllung dieser Grundsätze und den Bestand seiner publizistischen Unternehmen über seinen Tod hinaus sicherzustellen, auf der anderen Seite aber auch die wirtschaftliche Sicherung seiner Angehörigen zu gewährleisten, hatte Axel Springer deshalb Dauertestamentsvollstreckung durch ein Gremium von drei Testamentsvollstreckern mit weitestgehenden Befugnissen angeordnet. Ihre verwaltende Tätigkeit wurde ausdrücklich den sein Lebenswerk prägenden Grundsätzen unterstellt:

- Das unbedingte Eintreten für die friedliche Wiederherstellung der deutschen Einheit in Freiheit, möglichst in einem vereinten freien Europa,
- das Herbeiführen einer Aussöhnung zwischen Juden und Deutschen unter Einschluß der Unterstützung der Lebensrechte des israelischen Volkes,
- die Ablehnung jeder Art von politischem Totalitarismus,
- die Verteidigung der freien sozialen Marktwirtschaft.

Maßgeblich für die Entscheidung, ein Gremium von Testamentsvollstreckern einzusetzen, war dabei die Größe und Komplexität des zu vererbenden Milliardenvermögens verbunden mit der Vielfalt der durch die Testamentsvollstrecker zu treffenden unternehmerischen

⁹ Grundlage der folgenden Ausführungen sind ein persönliches Gespräch mit Prof. Dr. Bernhard Servatius, dem Vorsitzenden des Testamentsvollstreckerremiums über den Nachlaß des Verlegers Dr. Axel Springer, in Hamburg am 11.2.2003, sowie die vertraulich gewährte Einsicht in Unterlagen der Testamentsvollstreckung, die deshalb nur mittelbar bzw. allgemein gehalten wiedergegeben werden können.

Entscheidungen, die schwierige Abwägungsprozesse und oft Ermessensentscheidungen erfordern. Insbesondere die aus der Mehrzahl von Testamentsvollstreckern resultierende Notwendigkeit von Kollegialentscheidungen sollte ein Kontroll- und Sicherungsinstrument darstellen, das den Abschluß denkbarer aber angesichts des Umfangs und der Art des Nachlasses nahezu unbezahlbarer Versicherungen überflüssig machen sollte.

Aber auch gegenüber den Erben oder Dritten bot das erst durch ein Testamentsvollstreckerghremium mögliche Kollegialprinzip bezüglich der Verwaltung des Nachlasses wichtige Vorteile. So konnte einerseits den Testamentsvollstreckern durch Gewährung von freiem Ermessen im Hinblick auf ihre Entscheidungen größtmögliche Freiheit eingeräumt werden, andererseits stellten dann erfolgte einstimmige Entscheidungen durch das Gremium auch die beste Absicherung gegen möglicherweise drohende spätere Konflikte mit den Erben oder Dritten dar. So ist im Fall Springer festzustellen, daß es trotz der zum Teil erheblichen Meinungsverschiedenheiten zwischen den Beteiligten während der gesamten Dauer der Testamentsvollstreckung zu keiner einzigen Einschaltung des Nachlaßgerichts und zu keiner anderen prozessualen Auseinandersetzung mit dem Testamentsvollstreckerghremium kam. Genauso erfolgten umgekehrt alle Entscheidungen des Gremiums mit Außenwirkung einstimmig. Auch die umfassende Testamentsvollstreckerordnung in der Testamentsergänzung Springers leistete sicherlich ihren Beitrag zur Zementierung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckerghremiums, ebenso wie die freiwillige einseitige Unterwerfung des Vorsitzenden des Testamentsvollstreckerghremiums Prof. Dr. Servatius unter eine Geschäftsordnung für die Testamentsvollstreckung.

Als weitere vertrauensbildende Maßnahmen erfolgten quartalsweise Konferenzen der Testamentsvollstrecker mit den Erben und halbjährliche Vermögensverzeichnisse sowie die jährliche Prüfung aller Nachlaßgesellschaften und des Nachlasses selbst nach aktienrechtlichen Grundsätzen. Diese freiwillige Ausgestaltung der Information über die gesetzlichen Pflichten hinaus mit der aus ihr resultierenden Transparenz der Tätigkeit des Testamentsvollstreckerghremiums stellte sicherlich ein weiteres wichtiges Instrument dar, die Entscheidungen des Gremiums praktisch unangreifbar zu machen.

Was die konkrete Ausgestaltung der Testamentsvollstreckung hinsichtlich der im Nachlaß befindlichen Personengesellschaften betrifft, hat sich Springer für das

gesellschaftsrechtliche Modell der Testamentsvollstreckung entschieden¹⁰. Das bedeutet, daß an der Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. KG, die die Verlagsbeteiligungen bündelte, die Axel Springer GmbH als Komplementärin beteiligt und an der INTERFINAS Holding GmbH Gesellschaft für Beteiligungsverwaltung KG, die die kapitalistischen Beteiligungen bündelte, die INTERFINAS Holding GmbH als Komplementärin beteiligt war. Den Testamentsvollstreckern wurden in der Verfügung von Todes wegen unter der aufschiebenden Bedingung der Annahme des Testamentsvollstreckeramtes jeweils drei Prozent des Kommanditanteils an der Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. KG und der INTERFINAS Holding GmbH Gesellschaft für Beteiligungsverwaltung KG sowie jeweils drei Prozent der Geschäftsanteile des Stammkapitals der Axel Springer GmbH und der INTERFINAS Holding GmbH verbunden mit dem Anspruch auf Bestellung zu Geschäftsführern der Gesellschaften übertragen. Gleichzeitig wurden die Erben für die Dauer der Testamentsvollstreckung vom Stimmrecht an ihren Erbanteilen der Gesellschaften ausgeschlossen, so daß den neun Prozent der Beteiligungen der Testamentsvollstrecker hundert Prozent der Stimmen in den jeweiligen Gesellschaften entsprachen. In ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer hielten die Testamentsvollstrecker dann regelmäßig entsprechende Geschäftsführerkonferenzen ab und im Anschluß daran reine Testamentsvollstreckerkonferenzen, in denen die Beschlüsse der Geschäftsführerkonferenz dann ausdrücklich zur Kenntnis genommen und bestätigt wurden. Mit der Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. KG schloß das Testamentsvollstreckerergremium schließlich einen Dienstleistungsvertrag, damit die notwendigen Ressourcen für die Testamentsvollstrecker zur Verfügung standen. So war etwa der Prokurist Dr. Manfred May über seinen Anstellungsvertrag bei der Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. KG erster Mitarbeiter der Testamentsvollstrecker.

Die dargestellte Regelung der Verwaltung des Nachlasses durch ein Testamentsvollstreckerergremium im Fall Springer illustriert somit beispielhaft, welche vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten diese Konstellation im Hinblick auf die besonderen und verschiedenartigen Interessen des Erblassers bietet.

¹⁰ Unmittelbar in Anlehnung an die Vorschläge Ulmers, der auch selbst beratend für den Nachlaß und als Gutachter tätig wurde; vgl. zur grundsätzlichen Frage der Nachlaßzugehörigkeit vererbter Personengesellschaftsbeteiligungen: Ulmer, in: NJW 1984, 1496.

Im Gegensatz zur dargelegten offensichtlichen Zunahme der Bedeutung einer Mehrheit von Testamentsvollstreckern in der Praxis steht indes die Auseinandersetzung mit ihr in der rechtswissenschaftlichen Literatur.

So finden sich zwar knappe Darstellungen zu diesem Themenkreis in den Kommentaren zum BGB unter § 2224¹¹ und in den Handbüchern zur Testamentsvollstreckung¹², die wichtige grundlegende Fragen zumindest aufwerfen. Eine ausführliche systematische Untersuchung dieser besonderen Konstellation erlaubt die Straffheit der dortigen Abhandlung jedoch nicht. So hat es sich diese Arbeit zur Aufgabe gemacht, unter Berücksichtigung der bestehenden Rechtspraxis eine möglichst umfassende rechtliche Darstellung der Verwaltung des Nachlasses durch mehrere Testamentsvollstrecker zu bieten, wobei vor allem die Vielzahl denkbarer Problemfelder zusammengestellt, untersucht und anschließend einer möglichen Lösung zugeführt werden soll.

¹¹ Vgl. u.a. Bamberger/Roth/Mayer; Erman/Schmidt; Münchener Kommentar/Brandner; Soergel/Damrau; Staudinger/Reimann.

¹² Vgl. u.a. Bengel/Reimann, Kap. 2 Rn. 200 ff.; Haegele/Winkler, Rn. 458 ff.; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, Rn. 202 ff.

B) Fragestellung

Den Vorteilen des Mehr-Testamentsvollstreckermodells - interne Kontrollmöglichkeiten, Bündelung von Sachverstand und Verteilung von Kompetenzen - stehen natürlich auch Problemfelder gegenüber. So sind durch Betrauung mehrerer Personen zwangsläufig verschiedene Meinungen zu bestimmten Aufgabenbereichen vorprogrammiert, die früher oder später zu Kompetenzstreitigkeiten führen können. Eine dadurch drohende Lahmlegung und Blockadesituation bei der Verwaltung des Nachlasses kann aber wohl nur in Ausnahme-situationen im Interesse des Erblassers oder der Erben liegen.

Im Zentrum der Analyse dieser Arbeit werden deshalb die Fragen stehen, welche Konstellationen bei der Verwaltung des Nachlasses durch mehrere Testamentsvollstrecker denkbar sind, wie sie die Verwaltung gemeinschaftlich durchzuführen haben und welche Konfliktsituationen auftauchen können.

Dabei gilt es zunächst die vorhandenen gesetzlichen Rahmenbedingungen im Hinblick auf die besondere Situation einer Mehrheit von Testamentsvollstreckern zu untersuchen. Eine zentrale Rolle spielt dabei die Spezialnorm des § 2224¹³, die zumindest eine grundlegende Richtung und Auslegungsgrundlage für deren Verwaltungstätigkeit und sich daraus ergebende konkrete Problemfelder vorgibt. Im unmittelbaren Zusammenhang damit stellt sich dann die wichtige Frage, ob und wie der Erblasser diese Regelungen ergänzen oder sogar von ihnen abweichen kann und welche Auswirkungen dies dann auf die Testamentsvollstrecker und deren Aufgabenbereich hat. Umgekehrt wird aber auch der Rahmen des freien Handlungsspielraums der Testamentsvollstrecker selbst und die Frage ihrer Einflußmöglichkeiten zu klären sein, etwa inwieweit sie durch entsprechende Vereinbarungen mit den Erben von den dargelegten Vorgaben des Gesetzgebers oder des Erblassers abweichen oder diese in zulässiger Weise umgehen können.

Ziel soll es schließlich sein, diese Fragestellungen dergestalt aufzulösen, daß sich bausteinweise ein möglichst vollständiges Bild der Aufgaben und Kompetenzen für die Verwaltung des Nachlasses durch mehrere Testamentsvollstrecker ergibt, welches dann auch für die in der Praxis konkret auftretenden Konfliktfelder eine handhabbare Lösungsmöglichkeit aufzeigen soll.

¹³ Alle nicht näher bezeichneten §§ sind solche des BGB.

C) Arbeitsmethode

Ausgangspunkt der Arbeit ist die in Teil 2 erfolgte und für die spätere Untersuchung der Problemfelder notwendige Darstellung der Grundlagen, des Gegenstands und des Inhalts des Verwaltungsrechts der Testamentsvollstrecker bezüglich des Nachlasses. Da in diesem Bereich die wesentlichen wissenschaftlichen Schlachten bereits geschlagen sind, beschränkt sich die Schilderung bewußt auf eine straffe und ausschließlich deskriptive Abhandlung, die das rechtliche Fundament für die folgenden Ausführungen legen soll. So wird vor allem der ausfüllungsbedürftige Begriff der Verwaltung in den Kontext der Aufgaben eines Testamentsvollstreckers gestellt und anhand dessen Zweck und Umfang der Übertragung herausgearbeitet. Für das grundlegende Verständnis unverzichtbar ist die Unterscheidung der verschiedenen Testamentsvollstreckungsarten, die in diesem Rahmen in erster Linie im Hinblick auf die Ausgestaltung des Verwaltungsrechts einer differenzierten Betrachtung unterzogen werden.

Aufbauend auf diesem grundlegenden Kapitel sollen im Hauptteil der Arbeit, dem Teil 3, die möglichen Konstellationen einer Anordnung der Testamentsvollstreckung durch mehrere Testamentsvollstrecker aufgezeigt werden. Eingangs werden deshalb rechtstatsächliche Anwendungsfälle und Gestaltungsmöglichkeiten vorgestellt, die auf der einen Seite den Bezug zur Rechtspraxis herstellen und auf der anderen Seite Zweck und Notwendigkeit der späteren rechtlichen Untersuchungen verdeutlichen helfen.

Diese beginnen sogleich mit der Darstellung der gesetzlich vorgegebenen Ernennungsmöglichkeiten durch die jeweiligen in Betracht kommenden Personen.

Das Hauptaugenmerk wird dann allerdings auf die Durchführung der Verwaltung zu richten sein. Bereits die Behandlung der gesetzlichen Grundlagen zur gemeinschaftlichen Amtsführung wirft dabei entscheidende grundlegende Fragen auf. So wird zu klären sein, inwieweit sich diese als mit verschiedenen Möglichkeiten der Stellvertretung vereinbar erweisen und was sich hinter dem Begriff der notwendigen Maßnahmen nach § 2224 Abs. 2 verbirgt. Im unmittelbaren Zusammenhang damit stellt sich dann die Frage, wie der Erblasser durch eigene Anordnungen von diesen gesetzlichen Grundlagen abweichen kann. Des weiteren werden die denkbaren Gestaltungsmöglichkeiten bezüglich der Entscheidungsfindung und der Geschäftsverteilung beziehungsweise der Vertretungsverhältnisse durchzuspielen und auf ihre Zulässigkeit hin zu prüfen sein.

Denknotwendig wird in diesem Rahmen dann ein zentrales und äußerst praxisrelevantes Problem aufgeworfen, nämlich wie Meinungsverschiedenheiten im Rahmen der Verwaltungstätigkeit aufzulösen sind. Hier gilt es einerseits die Rolle des Nachlaßgerichts abzustecken, andererseits Anordnungsmöglichkeiten des Erblassers für solche Situationen zu untersuchen.

Besondere Probleme treten schließlich auf, wenn ein Mitvollstrecker wegfällt, was deshalb in einem eigenen Abschnitt umfassend behandelt wird, der die Konstellationen eines möglichen Wegfalls und anschließend die jeweiligen Rechtsfolgen aufzeigt.

Eine gleichsam entscheidende wie komplexe Frage wirft, wie auch in anderen zivilrechtlichen Mehrpersonenverhältnissen, diejenige nach der Haftung auf, deren Voraussetzungen und Rechtsfolgen, auch anhand beispielhafter problematischer Anwendungsfälle einer ausführlichen Lösung zugeführt werden sollen. Schwerpunkte werden dabei die Klärung des Verschuldensmaßstabs des einzelnen Mitvollstreckers und die Prüfung denkbarer abweichender Regelungen für die Haftung im Innenverhältnis sein.

Für die Rechtspraxis unverzichtbar ist aber auch die Klärung der Vergütung, wobei es wiederum gilt, Anordnungsmöglichkeiten des Erblassers und gesetzliche Regelung gegenüberzustellend zu untersuchen. In erster Linie wird der ausfüllungsbedürftige Rechtsbegriff der „angemessenen“ Vergütung in Zusammenhang mit der Verwaltung durch ein Testamentsvollstreckerergremium zu setzen sein, wozu grundlegend die Untersuchung dazu ergangener höchstrichterlicher Entscheidungen mit ihrer Diskussion in der rechtswissenschaftlichen Literatur dienen wird.

Im Rahmen des Auslagenersatzes werden in erster Linie die Erstattung der Prozeßkosten bei einer in Streit stehenden Mitvollstreckerernennung oder –absetzung beziehungsweise bei nachlaßgerichtlichen Streitigkeiten wegen Meinungsverschiedenheiten zwischen den Mitvollstreckern im Sinne des § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 zu diskutieren sein.

Die prozessualen Auswirkungen einer Mehrheit von Testamentsvollstreckern werden im Abschnitt über die Prozeßführungsbefugnis behandelt. So stellt sich insbesondere die Frage, ob und wann die Mitvollstrecker im Prozeß notwendige Streitgenossen sind.

Weiterhin sind die notwendigen Voraussetzungen für die Entlassung eines Mitvollstreckers, etwa bei Auftreten von Spannungen innerhalb des Testamentsvollstreckerergremiums, klarzustellen.

Im Hinblick auf die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses werden die Besonderheiten in Bezug auf Antragsstellung, Inhalt und gegebenenfalls Berichtigung des Zeugnisses untersucht.

Schließlich werden die verschiedenen Möglichkeiten für die Beendigung der Verwaltungstätigkeit dargestellt.

Das Ende des Hauptteils bildet dann der Blick in die kautelarjuristische Literatur mit der Zusammenstellung der praxistauglichsten Formulierungsvorschläge.

In der abrundenden Schlußbetrachtung des Teil 4 sollen die wesentlichen gewonnenen Erkenntnisse zusammenfassend festgehalten werden.

Teil 2: Die Verwaltung des Nachlasses durch Testamentsvollstrecker

Die Verwaltung des Nachlasses ist neben der Ausführung der letztwilligen Verfügungen nach § 2203 und der Auseinandersetzung unter mehreren Erben nach § 2204 eine der gesetzlich ausdrücklich dem Testamentsvollstrecker zugewiesenen Aufgaben (§ 2205)¹⁴.

A) Grundlagen

Da hier allein diesem Aufgabenbereich und zwar nur für die Sonderkonstellation der Mehrzahl von Testamentsvollstreckern Aufmerksamkeit geschenkt werden soll, sind eingangs in folgendem Abschnitt die rechtlichen Grundlagen der Verwaltung darzustellen.

I. Begriff der Verwaltung

Denknotwendiger Ausgangspunkt ist die Klärung des Begriffs der Verwaltung. Darunter ist das Recht beziehungsweise die Pflicht zu verstehen, den Nachlaß in Besitz zu nehmen und über Nachlaßgegenstände zu verfügen sowie im Rahmen ordnungsgemäßer Wirtschaft für die Erhaltung, Sicherung, Nutzung, Fruchtziehung und Vermehrung des Nachlasses zu sorgen.¹⁵

Unter Verwaltung in diesem Sinn fällt demnach etwa das Eintreiben von Nachlaßforderungen, die möglichst optimale Nutzung vorhandener Wirtschaftsgüter, so zum Beispiel die Vermietung von Immobilien und die Sorge für die Instandhaltung der Nachlaßgegenstände. Zumindest zur Verwaltung im weiteren Sinn ist darüber hinaus die Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß gemäß §§ 2206 ff. zu zählen.¹⁶ Im Rahmen der §§ 2212 f. steht dem Testamentsvollstrecker auch das Prozeßführungsrecht zu und er ist befugt, das Aufgebot von Nachlaßgläubigern (§ 1970 in Verbindung mit §§ 989, 991 Abs. 2 ZPO), die Zwangsversteigerung eines Nachlaßgrundstückes nach § 175 Abs. 1 S. 2 ZVG, sowie das Insolvenzverfahren nach § 317 InsO und die Nachlaßverwaltung nach

¹⁴ Vgl. Staudinger/Reimann, Vor §§ 2197 ff. Rn. 10.

¹⁵ Vgl. Erman/Schmidt, § 2205 Rn. 1; Staudinger/Reimann, § 2205 Rn. 4; Soergel/Damrau, § 2205 Rn. 1.

¹⁶ Vgl. Ebenroth, Rn. 645 ff.

§ 1981 zu beantragen.¹⁷ Aufgrund des stets gegebenen Bedürfnisses steht dem Testamentsvollstrecker auch das Recht zu, neben einem Testamentsvollstreckerzeugnis nach § 2368, einen Erbschein für den Erben zu beantragen.¹⁸ Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers umfaßt folglich alle rechtlichen und auch tatsächlichen Maßnahmen – etwa den Umbau eines zum Nachlaß gehörigen Hauses –, die der Erfüllung der aufgezählten Verwaltungsaufgaben dienen.¹⁹

II. Übertragung und Zweck

Die Übertragung der Rechtsmacht zur Verwaltung auf den Testamentsvollstrecker beruht auf dessen Einsetzung durch den Erblasser zur Durchführung seines letzten Willens. Der Beschreibung der daraus resultierenden Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers kommt deshalb diejenige des Trägers eines privaten Amtes am nächsten²⁰. Aufgrund der besonderen Ausgestaltung dieses Amtes, indem der Testamentsvollstrecker zwar im eigenen Namen auftritt, aber durch die letztwilligen Anordnungen des Erblassers auf der einen Seite und die zu beachtenden Interessen von Erben und Nachlaßgläubigern auf der anderen Seite gebunden ist, wird die Rechtsnatur der Testamentsvollstreckung auch anders beurteilt²¹, was aber mangels wesentlicher Unterschiede im Hinblick auf die Verwaltungstätigkeit hier nicht problematisiert zu werden braucht.

Diese Übertragung der Verwaltung an ihn bringt aber jedenfalls die entscheidende Folge mit sich, daß der der Testamentsvollstreckung unterliegende Nachlaß vom Privatvermögen der Erben abgesondert und ein vom Testamentsvollstrecker verwaltetes Sondervermögen wird.²² Deshalb kann der Erbe auch nicht mehr gemäß § 2211 über den vom Testamentsvollstrecker verwalteten Nachlaß verfügen. Zudem wird der Nachlaß seinen privaten Gläubigern als Haftungsgrundlage gemäß § 2214 entzogen.

¹⁷ Vgl. Brox, Rn. 400.

¹⁸ Vgl. RGRK-Kregel, Anm. 7 zu § 2353; KG KGJ 22, 56 ff.

¹⁹ Vgl. Münchener Kommentar/Brandner, § 2205 Rn. 11.

²⁰ So RGZ 132, 138; BGHZ 13, 203; Erman/Schmidt, Vor 2197 Rn 3; Münchener Kommentar/Brandner, Vor § 2197 Rn. 5; Staudinger/Reimann, Vor § 2197 Rn. 14.

²¹ Beispielhaft als hierzu vertretene Ansichten sind zu nennen: Vertretertheorie, Treuhändertheorie, Theorie vom neutralen Handeln, Organtheorie. Vgl. hierzu mit ausführlicher Stellungnahme zu den einzelnen Theorien Soergel/Damrau, Vor § 2197 Rn. 2 ff.

²² Vgl. Schlüter, Rn. 803.

Der Zweck der Verwaltung des Nachlasses durch Testamentsvollstrecker besteht demnach darin, einerseits die tatsächliche Herrschaft über den Nachlaß aus der Rechtssphäre des Erben - wohlgermerkt ohne dessen Rechtsträgerschaft zu berühren - herauszunehmen, andererseits die ordnungsmäßige Verwaltung des Nachlasses (§ 2216) entsprechend den letztwilligen Verfügungen des Erblassers und durch eine beziehungsweise eben mehrere Personen seines Vertrauens zu gewährleisten. Diese Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung hat das Entstehen eines gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen Erbe und Testamentsvollstrecker zur Folge. Der ausfüllungsbedürftige Begriff der Ordnungsmäßigkeit ist dabei in erster Linie anhand von objektiven Gesichtspunkten näher zu bestimmen.²³

Als Kriterien können hierzu herangezogen werden, ob der Testamentsvollstrecker im Einzelfall vernünftig, Wirtschaftlichkeitsanforderungen entsprechend und aus allgemein nachvollziehbaren Gründen gehandelt hat. Er ist dabei gehalten, sich erbietende Vorteile für den Nachlaß zu nutzen, wobei er sich nicht mit einem nur mäßigen Erfolg bereits zufrieden geben darf, soweit eine bessere Erfolgserzielung möglich und erkennbar ist.²⁴ Notwendig ist aber immer eine Gesamtbetrachtung der Umstände des Einzelfalls, wobei dem Testamentsvollstrecker ein gewisser Ermessensspielraum einzuräumen ist, der ihm genug Raum für Eigeninitiative sogar bis hin zum Eingehen eines überschaubaren geschäftlichen Risikos beläßt. Zur Veranschaulichung wird das Idealbild des „dynamischen Kaufmanns“ herangezogen, der Chancen und Risiken gegeneinander abwägt.²⁵ Es gilt deshalb, eine ausgewogene Mischung zwischen „Solidität und Dynamik“²⁶ anzustreben.

Insoweit sind auch subjektive Merkmale berücksichtigungsfähig, da etwa eine überdurchschnittliche persönliche Qualifizierung die Anforderungen an die Verwaltung durchaus anzuheben vermag. Auf der anderen Seite ist aber eine Reduzierung seiner Sorgfaltspflicht auf diejenige, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, abzulehnen, da er dann entweder kompetente Dritte zu Rate ziehen kann und muß oder bei völliger Überforderung das Amt abzulehnen hat.²⁷

²³ Vgl. BGH WM 1967, 25 (28); BayObLGZ 1990, 177 (182 f.); wohingegen das RG (RGZ 73, 26 (29)) die Ordnungsmäßigkeit noch rein subjektiv bestimmt hat.

²⁴ Vgl. BGH WM 1967, 25 (27); OLG Düsseldorf, OLG-Rp 1996, 71.

²⁵ Vgl. Bengel/Reimann/Schaub, Kap. IV Rn. 27.

²⁶ Haegeler/Winkler, Rn. 169.

²⁷ Vgl. Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, Rn. 378.

Zu berücksichtigen ist, daß spezielle Anordnungen des Erblassers zur Verwaltung nach § 2216 Absatz 2 Satz 1 als bindende Richtlinien für die Amtsführung des Testamentsvollstreckers stets vorrangig sind. Diese Befolgungspflicht bezüglich der Verwaltungsanordnungen ist allerdings nur mit schuldrechtlicher Bindungswirkung ausgestattet, so daß bei Verstoß die entsprechende Verfügung nicht ohne weiteres auch im Außenverhältnis gegenüber einem Dritten unwirksam ist.²⁸ In der Regel entsteht aber dem Erben infolgedessen ein Schadensersatzanspruch nach § 2219 und bei einem groben Verstoß kommt sogar eine Entlassung des Testamentsvollstreckers in Betracht²⁹. Will sich der Testamentsvollstrecker über Verwaltungsanordnungen des Erblassers hinwegsetzen, ist ihm deshalb anzuraten, deren Außerkraftsetzung beim Nachlaßgericht gemäß § 2216 Abs. 2 S. 2 zu beantragen. Da ein solches Verfahren mit erheblichem Zeit- und Kostenaufwand verbunden ist, sowie die Darlegungspflicht für eine erforderliche erhebliche Gefährdung des Nachlasses im Sinne des § 2216 Abs. 2 S. 2 sich durchaus schwierig gestalten kann, bietet sich für die Praxis die von Zimmermann³⁰ empfohlene Alternative an: Der Testamentsvollstrecker setzt sich zwar über die Anordnung des Erblassers hinweg, holt aber vorher das Einverständnis der Erben ein, was die spätere Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs verhindert.

Festzuhalten bleibt, daß der Testamentsvollstrecker seine Verwaltungstätigkeit nach der Maxime zu gestalten hat, das Vermögen in seiner Substanz zu erhalten, soweit möglich zu mehren, in jedem Fall aber alles zu unterlassen, was sich nachteilig und schädigend für Erben oder Vermächtnisnehmer auswirken könnte. An sein Verhalten sind dabei berechtigter Weise strenge Anforderungen zu stellen, so daß er zu äußerster Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit verpflichtet ist. Im Gegenzug soll er dafür der Erfüllung dieser Aufgaben ohne störende Einwirkungen der Erben nachgehen können, was die vom Erben unabhängig ausgestaltete Position des Testamentsvollstreckers bei der Verwaltung erklärt.³¹

²⁸ Vgl. Staudinger/Reimann, § 2216 Rn. 25.

²⁹ So OLG Zweibrücken, FamRZ 1989, 788 für den Fall, daß der Testamentsvollstrecker einen Teilbetrag aus dem Erlös eines Hausverkaufs entgegen der ausdrücklichen Anordnung der Erblasserin, daß der Erlös gänzlich ihren Enkelkindern zukommen sollte, auf einen angeblichen Pflichtteilsanspruch des früheren Mittestamentsvollstreckers ausbezahlt hat, obwohl er wußte, daß der fragliche Pflichtteilsanspruch streitig war.

³⁰ Vgl. Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, Rn. 387.

³¹ Vgl. Münchener Kommentar/Brandner, § 2205 Rn. 5.

B) Umfang und Gegenstand des Verwaltungsrechts

I. Grundsatz

Der Umfang des Verwaltungsrechts des Testamentsvollstreckers hängt in erster Linie von den ihm durch den Erblasser im Testament zugewiesenen Aufgaben ab. Grundsätzlich jedenfalls kann das Verwaltungsrecht vom Umfang her als allgemein, ausschließlich und unbeschränkt bezeichnet werden.³²

Das bedeutet konkret, daß vorbehaltlich anderslautender Anordnungen des Erblassers die Verwaltungstätigkeit des Testamentsvollstreckers den gesamten Nachlaß umfaßt, insoweit das Verfügungsrecht des oder der Erben ausschließt und es - abgesehen von den durch das Verbot von Schenkungen nach § 2205 S. 3, die beschränkenden Anordnungen des Erblassers im Sinne von § 2208 und den Grundsatz ordnungsgemäßer Verwaltung nach §§ 2206, 2216 gesteckten Rahmenbedingungen - keinen Beschränkungen unterliegt.³³

Gegenstand des Verwaltungsrechts ist der Nachlaß, einschließlich seiner Nutzungen. Dazu gehören auch Forderungen und sonstige Rechte, die der Testamentsvollstrecker kraft Amtes für den Nachlaß erwirbt, beispielsweise eine Kaufpreisforderung aus dem Kaufvertrag über ein Nachlaßgrundstück.³⁴ Da durch Anordnung der Testamentsvollstreckung der Nachlaß zu einem Sondervermögen wird, ist die Vorschrift des § 2041 für die dingliche Surrogation entsprechend auf den der Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlaß anwendbar, mit der Folge, daß auch Surrogate unter den vom Testamentsvollstrecker zu verwaltenden Nachlaß fallen.³⁵ Dies hat zur Folge, daß selbst bei einem eventuell entgegenstehenden Willen des Testamentsvollstreckers oder Erben das Bewirken des Rechtsgeschäfts mit Mitteln aus dem Nachlaß ausreichend ist, um einen dinglichen Surrogationserwerb zugunsten des Nachlasses eintreten zu lassen.³⁶ Entscheidend und ausreichend zugleich ist allein die bestehende objektive Beziehung zum Nachlaß.³⁷

³² Vgl. Staudinger/Reimann, § 2205 Rn. 6.

³³ Vgl. Bengel/Reimann, Kap. I Rn. 61.

³⁴ Vgl. Lübtow, Erbrecht 2. Halbband, S. 946.

³⁵ Vgl. RGZ 138, 132 (134); BayObLG NJW-RR 1992, 328; Kipp/Coing, § 68 III 1.

³⁶ Vgl. OLG Hamm ZEV 2001, 275.

³⁷ Vgl. Bengel/Reimann/Schaub, Kap. IV Rn. 68.

II. Beschränkungen

Beschränkungen des Verwaltungsgegenstandes können aber zum einen durch entsprechende Anordnungen des Erblassers erfolgen, so kann er etwa die Anordnung der Testamentsvollstreckung auf einen Erbteil oder ein Vermächtnis eingrenzen. Dies beschränkt dann das Verwaltungsrecht entsprechend auf den dem Erbteil korrespondierenden Bruchteil des Nachlasses beziehungsweise den testamentarisch vermachten Gegenstand. Zum anderen ergeben sich Beschränkungen zwangsläufig aus der höchstpersönlichen Natur möglicher in den Nachlaß fallender Rechte. Darunter sind in diesem Zusammenhang solche Rechte zu verstehen, die trotz angeordneter Testamentsvollstreckung nicht von einem anderen für den Erben ausgeübt werden können. Beispielhaft angeführt werden kann das Anfechtungsrecht wegen Erbunwürdigkeit nach §§ 2341, 2345 oder die Annahme beziehungsweise Ausschlagung einer Erbschaft³⁸.

³⁸ Vgl. Planck/Flad, § 2205 Anm. 19.

C) Inhalt des Verwaltungsrechts

Die inhaltliche Ausstattung des Verwaltungsrechts des Testamentsvollstreckers hängt von der ihm durch den Erblasser zugewiesenen Aufgabenstellung ab, aufgrund derer dann die zu deren Zweckerreichung erforderlichen Befugnisse für den konkreten Fall ermittelt werden können. Die „instrumentale Ausstattung“ des Testamentsvollstreckers ergibt sich somit in erster Linie aus einer funktionsbezogenen Betrachtungsweise.³⁹

Zentrale und deshalb grundsätzlich für alle Arten der Testamentsvollstreckung geltende Rahmenrechte der Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker sind die Inbesitznahme des Nachlasses und die Verfügungsbefugnis über Nachlaßgegenstände, welche deshalb ihre ausdrückliche gesetzliche Verankerung in § 2205 S. 2 erfahren haben.

I. Inbesitznahme des Nachlasses

Bezüglich des ersten Rahmenrechts läßt aber bereits der Wortlaut - „den Nachlaß in Besitz zu nehmen“ – keinen Zweifel, daß auch bei Anordnung der Testamentsvollstreckung der Besitz als Teil der Gesamtrechtsnachfolge mit dem Erbfall auf den Erben gemäß § 857 übergeht. Hat der Erbe aber noch nicht unmittelbaren Besitz am Nachlaß ergriffen, kann der Testamentsvollstrecker aufgrund der Befugnis nach § 2205 S. 2 selbst den Nachlaß gemäß § 854 Abs. 1 tatsächlich in Besitz nehmen. Andernfalls hat er vom Erben zunächst Einräumung des unmittelbaren Besitzes zu verlangen, was er aber notfalls dann klageweise vor dem Prozeßgericht durchsetzen kann.⁴⁰ Mit Erlangung des unmittelbaren Besitzes durch den Testamentsvollstrecker stehen diesem dann auch die Besitzschutzrechte nach §§ 859 ff. zu und der Erbe wird zeitgleich mittelbarer Besitzer der Nachlaßgegenstände gemäß § 868.

³⁹ Vgl. Bamberger/Roth/Mayer, § 2205 Rn. 10.

⁴⁰ Vgl. Bengel/Reimann/Schaub, Kap. IV Rn. 7 ff.; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, Rn. 365: wobei für den Fall, daß dem Testamentsvollstrecker der Umfang des Nachlasses nicht bekannt ist, er Auskunft vom Erben gemäß § 260 Abs. 1 verlangen und auch diesen Anspruch klageweise verknüpft mit der Herausgabeklage in einer Stufenklage durchsetzen kann.

II. Verfügungsermächtigung

1. Grundsatz

Was das zweite durch § 2205 S. 2 eingeräumte Recht betrifft, gilt es festzuhalten, daß das Verwaltungsrecht bezüglich des Nachlasses hier eine gesetzliche Verfügungsermächtigung beinhaltet. Dies verdeutlicht, daß im Rahmen der Testamentsvollstreckung ein umfassenderer Verwaltungsbegriff verglichen etwa mit dem entsprechenden Recht im Rahmen der Miterbengemeinschaft nach § 2038 gilt.⁴¹ Angesichts des dem Testamentsvollstrecker obliegenden Aufgabenkreises ist die gesetzlich eingeräumte Verfügungsbefugnis aber als geradezu notwendiger Bestandteil zur Durchführung des Verwaltungsrechts einzustufen.⁴²

In unmittelbarem systematischem Zusammenhang mit ihr ist die Sicherungsnorm des § 2211 zu sehen, die dem Erben bezüglich Nachlaßgegenständen, die durch den Testamentsvollstrecker verwaltet werden, die Verfügungsbefugnis entzieht, was zu dem bei der Verwaltung des Nachlasses durch Testamentsvollstrecker typischen Auseinanderfallen von Rechtsinhaberschaft und Rechtsausübung bezüglich der ihr unterliegenden Nachlaßgegenstände führt.⁴³ Die eingeräumte Verfügungsbefugnis ist grundsätzlich umfassend erteilt, das heißt sie beinhaltet sowohl vertragliche Rechtsgeschäfte als auch einseitige Gestaltungsgeschäfte. Insbesondere ist sie als ein sogenanntes freies Verfügungsrecht ausgestaltet, das heißt ohne kausal etwa an die Ordnungsmäßigkeit der Verwaltungsmaßnahme gebunden zu sein.⁴⁴

2. Einschränkungen

Einschränkungen erfährt sie aber insofern als sie nur für einzelne Nachlaßgegenstände, nicht den Nachlaß insgesamt oder einen ganzen Erbteil besteht.⁴⁵ Zudem sind das Selbstkontrahierungsverbot nach § 181, etwaige Verfügungsbeschränkungen durch die

⁴¹ Vgl. Schlüter, Rn. 833.

⁴² Vgl. Ebenroth, Rn. 650.

⁴³ Vgl. Lehmann, in: AcP 1988, 1.

⁴⁴ Vgl. Planck/Flad, § 2205 Anm. 6a, im Gegensatz zur Verpflichtungsermächtigung (siehe S. 19) oder der Stellung des Vorerben.

⁴⁵ Vgl. BGH NJW 1984, 2464.

Verfügung von Todes wegen und das Schenkungsverbot nach § 2205 S. 3 zu berücksichtigen.⁴⁶ Letzteres soll sicherstellen, daß das vererbte Vermögen bis nach Beendigung der Testamentsvollstreckung wertmäßig erhalten bleibt. Deshalb ist es dem entsprechenden Verfügungsverbot des Vorerben gemäß § 2113 Abs. 2 nachgebildet⁴⁷ und stellt eine dinglich wirkende Einschränkung der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers dar.

III. Eingehung von Verbindlichkeiten

Zum Inhalt des Verwaltungsrechts des Testamentsvollstreckers gehört systematisch auch das Recht zur Eingehung von Verbindlichkeiten. Aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung und der von der Verfügungsbefugnis abweichenden Ausgestaltung findet sich hierfür aber eine eigene Normierung in § 2206.

1. Beschränkung der Ordnungsmäßigkeit

Während dem Testamentsvollstrecker durch § 2205 S. 2 die Verfügungsbefugnis grundsätzlich umfassend gewährt wird, steht die Verpflichtungsermächtigung nach § 2206 Abs. 1 S. 1 von Haus aus unter einer kausalen Beschränkung.⁴⁸ Die Wirksamkeit der eingegangenen Verbindlichkeit wird an die Ordnungsmäßigkeit der dahinterstehenden Verwaltungsmaßnahme gekoppelt. Das übergeordnete Interesse des Verkehrsschutzes gebietet es aber, die Rechtswirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts nicht von der objektiven Ordnungsmäßigkeit abhängig zu machen, sondern subjektiv auf Kenntnis beziehungsweise Kennenmüssen des Geschäftspartners abzustellen.⁴⁹

Für diesen Gutgläubensschutz des Dritten im Hinblick auf die Erforderlichkeit der eingegangenen Verbindlichkeit zur ordnungsmäßigen Verwaltung spricht auch die Entziehungsgeschichte des § 2206⁵⁰ und die Rechtsprechung zum wesensverwandten § 149

⁴⁶ Vgl. Groll, in: Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, C IX Rn. 102.

⁴⁷ Vgl. Protokolle V, S. 280; Pyszka, S. 17 ff.

⁴⁸ Vgl. Münchener Kommentar/Brandner, § 2206 Rn. 1.

⁴⁹ Vgl. Planck/Flad, § 2206 Anm. 3; RGRK/Kregel, A. 1 zu § 2206.

⁵⁰ Vgl. Protokolle V, 528, 530, 544.

ADHGB⁵¹. Der Geltungsbereich dieser Beschränkung gilt allerdings nur, soweit keine Verbindlichkeit zur Verfügung über einen Nachlaßgegenstand vorliegt. Ist eine solche gegeben, wird die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers zur Eingehung von Verbindlichkeiten nämlich durch § 2206 Abs. 1 S. 2 spiegelbildlich zur Verfügungsbefugnis erweitert, wodurch ein Auseinanderklaffen von obligatorischem und dinglichem Rechtsgeschäft vermieden werden soll. Folglich sieht sich der Testamentsvollstrecker in die Lage versetzt, Nachlaßgrundstücke oder jeden anderen Nachlaßgegenstand veräußern zu können, ohne daß er zumindest im Hinblick auf die Wirksamkeit im Außenverhältnis auf die tatsächliche Erforderlichkeit zur ordnungsmäßigen Verwaltung Rücksicht zu nehmen hat.

Die kausale Verknüpfung von Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung und Wirksamkeit der eingegangenen Verbindlichkeit spielt deshalb nur noch für die sonstigen Verpflichtungsgeschäfte, so etwa bei Darlehens-, Miet- und Pachtverträgen sowie bei Kaufverträgen für den Nachlaß, eine entscheidende Rolle.⁵² Im Ergebnis wird dieser Unterschied aber dadurch nivelliert, daß während § 2206 Abs. 1 S. 1 aus Gründen des Verkehrsschutzinteresses in der Anwendung, wie eben dargelegt, erweitert wird, umgekehrt bei § 2206 Abs. 1 S. 2 über die entsprechende Anwendung der Rechtsgedanken zur rechtsmißbräuchlichen Ausübung der Vertretungsmacht der Verkehrsschutz eingeschränkt wird. Das bedeutet, daß bei objektivem Mißbrauch der Verfügungsbefugnis durch den Testamentsvollstrecker und gleichzeitiger Erkennbarkeit für den Dritten keine Rechte gegen den Nachlaß begründet werden.⁵³ Wird in Erfüllung eines solchen mißbräuchlich eingegangenen Verpflichtungsgeschäfts die korrespondierende Verfügung dennoch vollzogen, ist diese genauso unwirksam. Außerdem wird im Rahmen der Verpflichtung zur Verfügung über einen Nachlaßgegenstand der gute Glaube des Dritten an die entscheidende Voraussetzung der Rechtsmacht zur Verpflichtung, der bestehenden Verfügungsbefugnis, im Gegensatz zum guten Glauben an die Erforderlichkeit zur Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung bei sonstigen Verpflichtungsgeschäften, gerade nicht geschützt.⁵⁴

⁵¹ Vgl. Staudinger/Reimann, § 2206 Rn. 11, mit Verweis auf ROHGE 13, 224; 21, 307.

⁵² Vgl. Lübtow, Erbrecht 2. Halbband, S. 952.

⁵³ Vgl. RGZ 130, 134; BGH NJW-RR 1989, 642.

⁵⁴ Vgl. Bamberger/Roth/Mayer, § 2206 Rn. 7.

2. Einwilligung der Erben

Um in zweifelhaften Fällen einerseits dem Testamentsvollstrecker Rechtssicherheit zu geben, insbesondere um seine nach § 2219 drohende Haftung auszuschließen, und andererseits dem Erben etwaige Einwände gegen den Vertragsgegner zur Vermeidung späterer Rechtsstreitigkeiten abzuschneiden, gibt § 2206 Abs. 2 dem Testamentsvollstrecker die Möglichkeit, die Einwilligung des Erben notfalls auch klageweise vor dem Prozeßgericht zu verlangen. Allerdings ist Voraussetzung hierfür auch im Rahmen der Verpflichtungsgeschäfte im Sinne des § 2206 Abs. 1 S. 2 die Erforderlichkeit zur ordnungsgemäßen Verwaltung, da der Testamentsvollstrecker im Innenverhältnis zum Erben stets zu einer solchen gemäß § 2216 Abs. 1 verpflichtet ist und der Erbe folgerichtig nicht zur Einwilligung zu einer ihm gegenüber rechtswidrigen Maßnahme gezwungen werden kann.⁵⁵

3. Befreiende Erblasseranordnung

Schließlich ist es dem Erblasser aber auch anheimgestellt, durch Anordnung in seiner Verfügung von Todes wegen gemäß § 2207 von den Beschränkungen in der Verpflichtungsbefugnis zu befreien. Dies gilt in erster Linie für die Beschränkung zur Rechtswirksamkeit im Außenverhältnis, daß die eingegangene Verbindlichkeit zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich gewesen sein muß.⁵⁶ Grenzen werden dem Erblasser aber durch §§ 2207 S. 2, 2205 S. 3 bezüglich Schenkungsversprechen, durch den Grundsatz der erbrechtlichen Haftungsbeschränkung auf den Nachlaß, der verhindert, daß der Testamentsvollstrecker den Erben mit seinem Privatvermögen verpflichten kann⁵⁷, und durch die dargelegten Grundsätze zum Mißbrauch der Verpflichtungsbefugnis gezogen⁵⁸, die nicht durch eine befreiende Anordnung des Erblassers gegenstandslos gemacht werden können.

⁵⁵ Vgl. Kipp/Coing, § 68 III 7d).

⁵⁶ Vgl. Protokolle V, 528; von der Pflicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung im Innenverhältnis nach § 2216 Abs. 1 kann der Erblasser den Testamentsvollstrecker hingegen schon wegen § 2220 nicht befreien.

⁵⁷ Vgl. BGHZ 12, 100 (103).

⁵⁸ Vgl. Soergel/Damrau, § 2206 Rn. 3, der hingegen für die Fälle leicht fahrlässigen Nichterkennens des Mißbrauchs bei erweiterter Verpflichtungsmacht dennoch die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts befürwortet.

Umgekehrt ist aber genauso eine Beschränkung der Verpflichtungsbefugnis durch entsprechende Anordnungen des Erblassers möglich, § 2208 Abs. 1. Auf diese Weise kann dem Testamentsvollstrecker die Rechtsmacht zur Eingehung von Verbindlichkeiten teilweise oder sogar ganz entzogen werden.

D) Vollstreckungsarten

In Anlehnung an die dargestellten allgemeinen gesetzlichen Rahmenbedingungen können im folgenden die verschiedenen Inhalte des Verwaltungsrechts einzelner Testamentsvollstreckungsarten skizziert werden.

I. Abwicklungsvollstreckung

Das gesetzliche Grundmodell der Testamentsvollstreckungsarten ist entsprechend der in § 2203 getroffenen Regelung die ausführende Testamentsvollstreckung, die als Abwicklungsvollstreckung und bei Vorhandensein mehrerer Erben gemäß § 2204 als Auseinandersetzungsvollstreckung bezeichnet wird.

1. Inhalt und Gegenstand

Entgegen dem mißverständlichen Gesetzeswortlaut des § 2203 sind nicht nur alle „letztwilligen Verfügungen“ des Erblassers, sondern auch seine Verfügungen von Todes wegen, etwa im Rahmen eines Erbvertrags an den Testamentsvollstrecker zugewiesene Aufgaben, zur Ausführung zu bringen.⁵⁹ Voraussetzung ist allerdings die Rechtswirksamkeit dieser letztwilligen Verfügungen, mit der Folge, daß die erste grundlegende Aufgabe des Testamentsvollstreckers deren Überprüfung darstellt. Im Einzelfall kann sogar die Auslegung einer Verfügung nach dem wahren Erblasserwillen in eigener Verantwortung des Testamentsvollstreckers erforderlich sein, da dieser die

⁵⁹ Vgl. Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag, A Rn. 4; Staudinger/Reimann, § 2203 Rn. 3.

maßgebliche Richtschnur für die Amtsführung bildet.⁶⁰ Eine klare Grenze wird ihm dabei durch § 2065 vorgegeben, der eine Befugnis zur authentischen Interpretation des Testaments jedenfalls ausschließt⁶¹, sofern der Testamentsvollstrecker nicht ausdrücklich durch den Erblasser zum Schiedsrichter für Auslegungsstreitigkeiten bezüglich des Testaments erklärt worden ist.⁶²

Bei Meinungsverschiedenheiten über Tragweite oder Gültigkeit einer einzelnen Verfügung von Todes wegen bleibt dem Testamentsvollstrecker schließlich die Möglichkeit, Feststellungsklage nach § 256 ZPO zu erheben. Das erforderliche Feststellungsinteresse ergibt sich dabei aus der dem Testamentsvollstrecker nach § 2203 ausdrücklich auferlegten Ausführungspflicht, deren Erfüllung nach § 2213 einklagbar ist und bei verschuldetem Fehlverhalten eine Schadensersatzpflicht nach § 2219 auslöst, was stets zu einer Bejahung seines rechtlichen Interesses führen wird.⁶³

2. Befugnisse

Die so auf Grundlage der Verfügung von Todes wegen ermittelten Abwicklungspflichten des Testamentsvollstreckers ermöglichen die funktionsbezogene Ermittlung der dazu erforderlichen Befugnisse im Rahmen der Verwaltung des Nachlasses durch den Abwicklungsvollstrecker. Dabei ist aber stets die Zielsetzung der Abwicklungsvollstreckung im Auge zu behalten, durch Abwicklung des Nachlasses den Endzustand herbeizuführen, den der Erblasser hinsichtlich seines Nachlaßvermögens herstellen wollte. Dies hat zur Folge, daß die verwaltende Tätigkeit des Testamentsvollstreckers hier immer klar dem Zweck untergeordnet ist, eine möglichst zügige Abwicklung zu ermöglichen.

Deshalb hat der Abwicklungsvollstrecker auch nach § 2217 Nachlaßgegenstände, die zur Durchführung seiner Aufgaben entbehrlich sind, grundsätzlich herauszugeben. Ist allerdings aufgrund des Vorhandenseins mehrerer Miterben die Auseinandersetzung nach § 2204 Aufgabe des Testamentsvollstreckers, wird er in der Regel alle Nachlaßgegenstände bis zur

⁶⁰ Vgl. Bamberger/Roth/Mayer, § 2203 Rn. 8 mit Hinweis auf BayObLG NJW-RR 1989, 587, wo Auslegungsfrage das Vorliegen einer Teilungsanordnung oder eines Vermächtnisses war.

⁶¹ Vgl. BGHZ 41, 23; BayObLG FamRZ 1989, 668.

⁶² Vgl. RGZ 100, 76.

⁶³ Vgl. Staudinger/Reimann, § 2203 Rn. 37.

Schlußverteilung brauchen, es sei denn, daß durch ein gemeinsames Herausgabeverlangen aller Miterben der Verzicht auf die Auseinandersetzung zum Ausdruck kommt, was für den Testamentsvollstrecker wiederum bindende Wirkung entfaltet.⁶⁴

Der Verwaltungsaufgabe kommt somit im Rahmen der Abwicklungsvollstreckung eine reine Hilfsfunktion zu, die aber in der Regel, angefangen von der Konstituierung und einer eventuell gebotenen Sicherung des Nachlasses, über die Ermittlung und Geltendmachung zum Nachlaß gehöriger Ansprüche, ebenso wie die Entgegennahme von Willenserklärungen, die Erfüllung von bestehenden Verkehrssicherungspflichten und steuerlichen Pflichten in Ansehung des Nachlasses, bis hin zur Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten, dennoch einen vielfältigen Aufgabenkreis beinhaltet.⁶⁵

II. Verwaltungsvollstreckung

1. Inhalt und Gegenstand

Während bei der Abwicklungsvollstreckung die Verwaltung des Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker nur Mittel zum Zweck ist, seine Hauptaufgaben, Ausführung der letztwilligen Anordnungen und gegebenenfalls Auseinandersetzung des Nachlasses gemäß §§ 2203, 2204, durchzuführen, ist bei der Verwaltungsvollstreckung im Sinne des § 2209 S. 1 Hs. 1 die Verwaltung des Nachlasses die Hauptaufgabe und somit Selbstzweck der angeordneten Testamentsvollstreckung.⁶⁶ Die Erbauseinandersetzung ist hier dem Testamentsvollstrecker sogar ausdrücklich untersagt.

Damit stellt sie auf der einen Seite, indem sie dem Testamentsvollstrecker seine gesetzlichen Regelaufgaben nach §§ 2203 und 2204 entzieht, grundsätzlich eine eingeschränkte Art der Testamentsvollstreckung dar.⁶⁷ Auf der anderen Seite bedeutet die Loslösung des Verwaltungsrechts von der engen Zweckbindung der §§ 2203, 2204 aber

⁶⁴ Vgl. Bengel/Reimann/Klumpp, Kap. VI Rn. 168; Kipp/Coing, § 73 II 4c; Haegele/Winkler, Rn. 495; aA RGRK/Kregel § 2217 Rn. 2, der ein Bedürfnis des Testamentsvollstreckers zur Erfüllung seiner Obliegenheiten auch bei Auseinandersetzungsvollstreckung nur hinsichtlich solcher Nachlaßgegenstände bejaht, die an Dritte herauszugeben sind oder die er zur Tilgung von Nachlaßverbindlichkeiten zu veräußern hat.

⁶⁵ Vgl. AK/Finger, § 2205 Rn. 9.

⁶⁶ Vgl. KG JW 1938, 2824; BayObLGZ 13, 49 (55).

⁶⁷ Vgl. Lorz, in: Münchener Anwaltshandbuch, § 21 Rn. 94.

eine tatsächliche Erweiterung der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers bezüglich seiner verwaltenden Tätigkeit. Dies trifft am deutlichsten im Hinblick auf die zeitliche Komponente zu, die in der äußerst langen Frist des § 2210 S. 1 von dreißig Jahren zu Tage tritt. In diesem Zusammenhang wird auch der Sinn der Regelung des § 2218 Abs. 2 verständlich, die den Erben einen jährlichen Rechnungslegungsanspruch im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung einräumt.

Untermauert wird dies aber auch durch die gesetzliche Auslegungsregel in § 2209 S. 2, nach der bei Bestehen einer Verwaltungsvollstreckung grundsätzlich von einer erweiterten Verpflichtungsbefugnis nach § 2207 auszugehen ist. Dies bringt eine erhebliche Erleichterung im Rechtsverkehr mit sich, da potentielle Vertragspartner bei einem Verwaltungsvollstrecker von der grundsätzlichen Rechtsmacht zum Abschluß des in Betracht kommenden Rechtsgeschäfts - unabhängig von der Frage der Ordnungsmäßigkeit im Rahmen der Verwaltung, die dann nur das Innenverhältnis des Testamentsvollstreckers zum Erben betrifft, die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts im Außenverhältnis aber unberührt läßt - ausgehen können.⁶⁸

Gegenläufig zur Abwicklungsvollstreckung ist den Erben gegenüber dem Verwaltungsvollstrecker in der Regel kein durchsetzbarer Herausgabeanspruch bezüglich einzelner Nachlaßgegenstände gemäß §§ 2218, 667 eingeräumt, vielmehr ist dieser als bis zur vollständigen Erledigung der Verwaltungstätigkeit „aufgeschoben“ anzusehen.⁶⁹ Wobei allerdings „aufgeschoben“ hier untechnisch zu verstehen ist, denn während der Verwaltungsvollstreckung besteht nicht einmal ein bedingter Herausgabeanspruch.⁷⁰

Folgerichtig ist auch § 2217 im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung grundsätzlich nicht anwendbar, denn zur Erfüllung seiner ausschließlichen Aufgabe, der Verwaltung der unterworfenen Nachlaßgegenstände, bedarf er denknötenwendig der tatsächlichen Gewalt über diese.⁷¹ Allerdings kann diese Vorschrift für die Herausgabe von Erträgen durch den Verwaltungsvollstrecker als Richtlinie herangezogen werden. Aufgrund der dargestellten geradezu entgegengesetzten Zielsetzung zur Abwicklungsvollstreckung als gesetzlichen Regelfall ist für die Annahme einer Verwaltungsvollstreckung die ausdrückliche Anordnung des Erblassers oder eine entsprechende Auslegung der Verfügung von Todes wegen

⁶⁸ Vgl. Soergel/Damrau, § 2207 Rn. 1.

⁶⁹ Vgl. Münchener Kommentar/Brandner, § 2209 Rn. 10.

⁷⁰ Vgl. OLG Stuttgart WürtZ 1924, 23.

⁷¹ Vgl. Protokolle VI, 357; BGHZ 56, 275 (284); zu denkbaren Ausnahmen: Lange, in: JuS 1970, 106.

notwendig, wobei für letztere aber wegen der weitreichenden Konsequenzen strenge Anforderungen zu stellen sind.⁷²

2. Zweck der Anordnung

Sinn und Zweck der Anordnung einer Verwaltungsvollstreckung ergeben sich aus der durch sie hervorgerufenen Wirkung, daß den Erben die Verwaltung und Verfügung über den Nachlaß gemäß § 2211 entzogen wird. So kann etwa der Nachlaß vor Eingriffen ungeeigneter, unerfahrener oder böswilliger Erben geschützt und die Erhaltung eines Unternehmens für längere Zeit unter gleichzeitiger Nutzbarmachung des Vermögens zur Erzielung von Erträgen durch eine geplante Vermögensverwaltung gesichert werden.⁷³

Ein ganz konkreter Anwendungsfall für die Verwaltungsvollstreckung ergibt sich in den Fällen, wo die durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung verfolgte Zielsetzung der sogenannten „Enterbung in guter Absicht“ (exheredatio bona mente) gemäß § 2338 Abs. 1 entspricht oder dadurch die Einräumung einer Stellung gleichsam eines Familienoberhaupts bezweckt werden soll, etwa bei Erbeinsetzung der gemeinsamen Kinder mit Anordnung eines Nießbrauchs zugunsten und der Testamentsvollstreckung durch die Mutter.⁷⁴

3. Rechtliche Einordnung

Was den Rechtscharakter der Verwaltungsvollstreckung betrifft, nimmt diese als dinglich wirkendes Verwaltungsrecht an einem fremden Vermögen eine Sonderstellung innerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein, denn ein solches ist weder im numerus clausus der sachenrechtlichen Institute enthalten noch kann es rechtsgeschäftlich begründet werden.⁷⁵

Sogar die Auflage des Erblassers, die Verwaltung einer bestimmten Person zu überlassen, vermag den Erben lediglich gemäß §§ 1940, 2194 schuldrechtlich zu binden, weshalb sie - im Gegensatz zum absoluten Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers nach § 2209 in Verbindung mit § 2214 - auch nicht verhindern kann, daß die Eigengläubiger des Erben

⁷² So BayObLGZ 21, 312, das die Anordnung des Erblassers, seine Villa, die den vermögensmäßigen Großteil seines Nachlasses darstellt, durch den Testamentsvollstrecker verwalten, verpachten und verkaufen zu lassen, allein nicht für die Annahme einer Verwaltungsvollstreckung genügen läßt.

⁷³ Vgl. Nieder, Rn. 891.

⁷⁴ Vgl. Kipp/Coing, S. 395.

⁷⁵ Vgl. Coing, in: AcP 1967, 99 (103).

Zugriff auf den Nachlaß erhalten. Einmal vorgenommene Verfügungen des Testamentsvollstreckers wirken somit für und gegen die Erbengemeinschaft, auch wenn die Rechtsmacht im Innenverhältnis überschritten wurde, so daß den Erben dann lediglich Schadensersatzansprüche nach § 2219 verbleiben.⁷⁶

III. Dauervollstreckung

Die Dauertestamentsvollstreckung gemäß § 2209 S. 1 Hs. 2 stellt einen Sondertypus der Testamentsvollstreckungsarten dergestalt dar, daß sie dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses auch für die Zeit nach der Erledigung seiner sonstigen Aufgaben überträgt.⁷⁷

Unter den sonstigen Aufgaben sind die gesetzlichen Regelaufgaben der §§ 2203, 2204 und das in diesem zeitlichen Rahmen bestehende Verwaltungsrecht nach §§ 2205 ff. zu verstehen, also die Aufgaben des Abwicklungsvollstreckers. Deshalb kann in der Dauervollstreckung eine Kombination von Abwicklungs- und reiner Verwaltungsvollstreckung nach § 2209 S. 1 Hs. 1 gesehen werden.

1. Anwendungsbereich

Sinn der fortgeführten Verwaltung des Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker ist auch hier in der Regel der vom Erblasser angestrebte Zusammenhalt eines umfangreichen Familienvermögens oder eines wirtschaftlichen Unternehmens. Aufgrund der durch die Kombination der Befugnisse erzielten Machtfülle des Testamentsvollstreckers kann hier durchaus mit Edenhofer⁷⁸ von einer “fürsorglichen Bevormundung“ des Erben gesprochen werden. Trifft diese mit weiteren den Erben beschränkenden Anordnungen des Erblassers zusammen, kann im Einzelfall deshalb sogar die Grenze der Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 erreicht sein.⁷⁹

⁷⁶ Vgl. AK/Finger, § 2205 Rn. 18.

⁷⁷ Vgl. Nieder, Rn. 893.

⁷⁸ Vgl. Palandt/Edenhofer, § 2209 Rn. 2.

⁷⁹ So OLG München JFG 14, 428 wo die Dauervollstreckung mit eingehenden Verwaltungsanordnungen und der Verpflichtung des Erben, dem Testamentsvollstrecker unwiderrufliche Generalvollmacht sowie Prokura

Die Anordnung einer Dauervollstreckung wird in der Regel anzunehmen sein, wenn in der Verfügung von Todes wegen die Einsetzung eines Alleinerben und eines Testamentsvollstreckers ohne eine spezifische Aufgabenzuweisung enthalten ist, da sonst die Testamentsvollstreckung sinnlos wäre. Im übrigen ist wie bei der reinen Verwaltungsvollstreckung aufgrund der umfassenden Folgen ein strenger Maßstab an die Auslegung einer Verfügung von Todes wegen zur Bejahung einer entsprechenden Anordnung anzulegen.⁸⁰

2. Herausgabe erwirtschafteter Erträge

Ist eine solche anzunehmen, ergibt sich aus dem Zweck der Verwaltungsvollstreckung, den Nachlaß ordnungsgemäß zu verwalten und somit angemessene Erträge zu erwirtschaften, die für das Verhältnis zum Erben entscheidende Frage, ob und wenn ja in welchem Umfang diese an ihn herauszugeben sind. Ein Anspruch zur Herausgabe besteht jedenfalls nur dann, wenn sie selbst den Grundsätzen ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht, was wiederum durch die anhand des konkreten Nachlasses dem Testamentsvollstrecker gestellten Aufgaben zu bestimmen ist. Nach Brandner⁸¹ liefert hierzu die Regelung des § 2217 Abs. 1 einen geeigneten Maßstab, wobei aber zusätzlich das Bedürfnis zur Rücklagenbildung und zur Tötigung von Neuinvestitionen Berücksichtigung finden muß.

Grundsätzlich hat der Testamentsvollstrecker aber auch die Möglichkeit, die Erträge für die Erben zu thesaurieren, wobei aber wohl eine Grenze dort zu ziehen sein wird, wo die Erbenstellung völlig ihres wirtschaftlichen Inhalts beraubt zu werden droht⁸², was insbesondere gegen eine totale Thesaurierung der Erträge spricht. Bei angeordneter Vor- und Nacherbschaft hat der Testamentsvollstrecker die entgegengesetzten Interessen der Vor- und Nacherben, insbesondere die Kosten- und Lastenregelungen nach §§ 2124 ff. zu beachten.⁸³ In jedem Fall sind dem Erben Erträge zur Begleichung von fälligen

zu erteilen, verbunden wurde; verneinend allerdings OLG Düsseldorf 1988, 2615 für die Dauervollstreckung zur Sicherung des Fortbestands einer Firma unter der auflösenden Bedingung der Beendigung einer Sektenmitgliedschaft.

⁸⁰ Vgl. Staudinger/Reimann, § 2209 Rn. 10; Soergel/Damrau, § 2209 Rn. 3; Münchener Kommentar/Brandner, § 2209 Rn. 7.

⁸¹ Vgl. Münchener Kommentar/Brandner, § 2209 Rn. 12.

⁸² Vgl. RG LZ 1922, 123; RG LZ 1918, 1268.

⁸³ Vgl. BGH NJW-RR 1988, 386.

Ertragssteuern⁸⁴ und bei bestehender Bedürftigkeit zur angemessenen Bestreitung des Unterhalts beziehungsweise von bestehenden Unterhaltsverpflichtungen⁸⁵ bereit zu stellen.

IV. Sonstige Testamentsvollstreckungsarten

1. Beaufsichtigende Testamentsvollstreckung

Im Rahmen der verschiedenen Ausgestaltungen der Testamentsvollstreckung ist es gemäß § 2208 Abs. 2 sogar denkbar, die Rechte des Testamentsvollstreckers dergestalt zu beschränken, daß ihm selbst jegliches Verwaltungsrecht entzogen ist. Dies ist der Fall bei der sogenannten beaufsichtigenden Testamentsvollstreckung. Die Aufgabe des Testamentsvollstreckers ist dann darauf beschränkt, die Ausführung der letztwilligen Verfügungen des Erblassers durch den Erben zu überwachen und nötigenfalls auf Grundlage der §§ 2208 Abs. 1 S. 1, 2203 im Klageweg durchzusetzen. Der Begriff der letztwilligen Verfügung ist dann allerdings umfassend - also nicht nur auf die Vollziehung von Auflagen beschränkt – zu verstehen, weshalb darunter auch Vermächtnisse, Teilungsanordnungen oder die Herausgabe der Erbschaft an den Nacherben fallen.⁸⁶

2. Erbteils-, Nacherben- und Vermächtnisvollstreckung

Eine weitere Beschränkungsmöglichkeit der Testamentsvollstreckungsart ergibt sich hinsichtlich des der Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlaßgegenstandes. Korrespondierende Einschränkungen erfährt dann denknotwendig auch der Inhalt des jeweiligen Verwaltungsrechts am Nachlaß.

Bei Beschränkung auf ein Vermächtnis sind dabei zwei Alternativen denkbar⁸⁷:

Zum einen kann der Erblasser anordnen, daß der Testamentsvollstrecker die Erfüllung des angeordneten Vermächtnisses sicherzustellen hat, was eine Beschränkung des Erben

⁸⁴ Vgl. Staudinger/Reimann, § 2217 Rn. 13; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, Rn. 454.

⁸⁵ Vgl. Haegel/Winkler, Rn. 178; RG Recht 1922 Nr. 615, RG LZ 1918, 1268.

⁸⁶ Vgl. Bamberger/Roth/Mayer, § 2208 Rn. 15, Münchener Kommentar/Brandner, § 2208 Rn. 13; Soergel/Damrau, § 2208 Rn. 6; Staudinger/Reimann, § 2208 Rn. 19.

⁸⁷ Vgl. Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, Rn. 157 f.

darstellt. Zum anderen kann die Vermächtnistestamentsvollstreckung aber auch als Beschwerung des Vermächtnisnehmers ausgestaltet werden, indem der Testamentsvollstrecker die Ausführung der diesem vom Erblasser angeordneten Beschwerden gewährleisten soll, was § 2223 ausdrücklich klarstellt.

Weitere gegenständliche Beschränkungsmöglichkeiten sind die Erbteils- und die Nacherbenvollstreckung.

Teil 3: Konstellation bei mehreren Testamentsvollstreckern

Nach dieser grundlegenden Darstellung der Tätigkeit eines Testamentsvollstreckers im Rahmen der Verwaltung des Nachlasses geht der folgende Hauptteil auf die besondere Situation bei Vorhandensein mehrerer Testamentsvollstrecker und die dabei auftretenden Problemfelder ein.

A) Anwendungsfälle und Gestaltungsmöglichkeiten

Als erstes stellt sich die Frage, was den Erblasser dazu bewegen kann, bezüglich seines Nachlasses die Verwaltung durch ein mehrköpfiges Testamentsvollstreckerergremium anzuordnen. Die denkbaren Motive sollen deshalb im folgenden zusammengetragen werden.

I. Im Nachlaß liegende Gründe

In der Regel wird die Zweckmäßigkeit einer solchen Anordnung durch die Komplexität des Nachlasses indiziert. So ist insbesondere bei umfassenden Unternehmertestamenten häufig die Sachkunde und Arbeitsteilung von mehreren Testamentsvollstreckern geradezu erforderlich. Denn häufig kommt es bei einer Vielzahl von Erben zu Auseinandersetzungen in wirtschaftlichen Fragen, zu deren Lösung die Kompetenz eines Kaufmanns oder Unternehmers als Mitvollstrecker dienlich ist, während bei drohenden gerichtlichen Auseinandersetzungen die Berufung eines erfahrenen Rechtsanwalts zum Mitvollstrecker die Chancen auf eine außergerichtliche Konfliktlösung in der Regel deutlich erhöhen wird. Sind Schwierigkeiten steuerlicher Art etwa bei Unternehmensbeteiligungen zu erwarten, empfiehlt sich die Ernennung eines Steuerfachmanns, der mit seinem Wissen die Kompetenz des Testamentsvollstreckerergremiums bereichern kann.

Über die Bestellung kompetenter Fachleute zur Bewältigung der Aufgaben im geschäftlichen Bereich des Nachlasses hinaus empfiehlt es sich aber, auch für die Anliegen und Bedürfnisse der Erben sensible Vollstrecker zu ernennen. Denn, wie die Praxis zeigt, liegt gerade im Spannungsverhältnis zwischen Erben und Testamentsvollstreckern das größte Konfliktpotential, das die Verwaltung des Nachlasses und insbesondere dessen Wert

im Einzelfall erheblich erschweren beziehungsweise vermindern kann.⁸⁸ Es dürfte dazu durchaus zweckmäßig sein, einen der Erben oder zumindest eine den Erben persönlich nahestehende Person als Mitvollstrecker zu berufen, um zum einen Einblick und Transparenz in die Arbeit des Testamentsvollstreckergremiums zu gewährleisten und zum zweiten die Möglichkeit zu schaffen, die Interessen der Erben unmittelbar in die Verwaltung des Nachlasses einzubringen.

Als Paradebeispiel für die nachlaßbedingte Einsetzung mehrerer Testamentsvollstrecker ist wiederum der eingangs ausführlich dargestellte Nachlaß Axel Springers anzuführen. Dieser war in der Tat gleichermaßen komplex wie umfangreich, so daß die Einsetzung eines Vertrauten und Sachkundigen in Rechts- und Wirtschaftsfragen, des Rechtsanwalts Prof. Bernhard Servatius, eines Garanten für die Weiterverfolgung der unternehmerischen Zielsetzungen des Erblassers, des Journalisten Ernst Cramer, und eines Mitglieds der Erbgemeinschaft, der Ehefrau Friede Springer, als Testamentsvollstrecker die beste Gewähr zur Wahrung der Erblasserinteressen bezüglich seines Nachlasses bot.

II. Kontrollbedürfnis

Einen weiteren wichtigen Grund für die Einsetzung mehrerer Personen als Testamentsvollstrecker stellt die objektiv gegebene Notwendigkeit oder das subjektive Bedürfnis des Erblassers nach Kontrolle des Testamentsvollstreckers dar.⁸⁹

Denn wie anhand der vorgeschalteten Übersicht über die Verwaltungsrechte des Testamentsvollstreckers deutlich geworden ist, kennzeichnet dessen Rechtsstellung einerseits seine ungewöhnliche Machtfülle und zugleich andererseits seine unabhängige Stellung. So ist den Erben jegliche direkte Einflußmöglichkeit untersagt und auch die Möglichkeit einer öffentlichen Kontrolle etwa durch Aufsicht des Nachlaßgerichts besteht im Unterschied zur gerichtlichen Kontrolle von Vormündern, Betreuern, Zwangs-, Insolvenzverwaltern und Nachlaßpflegern bei der Testamentsvollstreckung gerade nicht.

Werden aber mehrere Testamentsvollstrecker eingesetzt, die das Amt gemeinschaftlich führen sollen, wird allein durch diesen Zwang zur Einigung untereinander und der damit einhergehenden Beschränkung der Machtfülle des einzelnen Testamentsvollstreckers ein

⁸⁸ Vgl. hierzu ausführlich Gattermann/Wilhelm, in: Manager-Magazin 10/1991, S. 119 ff.

⁸⁹ Vgl. Reimann, in: FamRZ 1995, 589 ff.

interner Kontrollmechanismus erreicht. Die einzelnen Vollstrecker sollen innerhalb des Gremiums ihre verschiedenen Standpunkte vortragen, beraten und anschließend im Wege des Konsens die beste Lösung für den Nachlaß treffen können. Befinden sich im Nachlaß Unternehmensbeteiligungen, eröffnet die Einsetzung eines Testamentsvollstreckerorgans dem Erblasser auch die Möglichkeit, mehrere Fachleute aus der entsprechenden Branche zur gegenseitigen Kontrolle bei der Führung der Unternehmen zu berufen, was den wirtschaftlichen Realitäten gerechter wird, da die Ebene des Vorstands beziehungsweise der Geschäftsführung dort auch meistens durch mehrere Personen besetzt ist.

Eine besondere Kontrollmöglichkeit im Hinblick auf die Wahrung der Interessen der Nachlaßbeteiligten bietet wiederum die Berufung eines der Miterben zum Mittestamentsvollstrecker.

Als rechtstatsächlicher Beispielsfall kann auf den die BGH-Entscheidungen vom 22.1.1997⁹⁰ und vom 25.6.2003⁹¹ betreffenden Nachlaß verwiesen werden. Dort hatte die Erblasserin mehrere Personen zu ihren Erben eingesetzt und bezüglich des Erbteils ihres behinderten Sohnes Testamentsvollstreckung als Dauervollstreckung durch einen Rechtsanwalt und einen Wirtschaftsprüfer angeordnet. Ihr Nachlaß bestand im wesentlichen aus Grundvermögen im Wert von etwa 28 Mio. Euro, dessen Vermietung erhebliche Erträge erzielte, durch welche die Versorgung des behinderten Sohnes gewährleistet werden sollte.

Hier besteht, da auf der einen Seite der behinderte Sohn in der Wahrnehmung seiner Rechte, insbesondere der Kontrolle der Testamentsvollstrecker erheblich eingeschränkt sein dürfte, und auf der anderen Seite sowohl der beträchtliche Umfang als auch die Bedeutung einer wirtschaftlich kompetenten Verwaltung des Immobilienvermögens zur Erzielung der gewünschten Erträge den Nachlaß kennzeichnen, ein erhebliches Kontrollbedürfnis im Hinblick auf die Testamentsvollstrecker, dem die Einsetzung eines in Anlageentscheidungen versierten Wirtschaftsprüfers in Mitvollstreckung mit einem das Vertrauen der Erblasserin genießenden Rechtsanwalt zur Wahrung der Interessen des Sohnes gerecht wird.

⁹⁰ Vgl. BGH NJW 1997, 1362.

⁹¹ Vgl. BGH LMK 2004, 27 mit Anm. Reimann.

III. Gesetzliche Gründe

Als Motiv für die Anordnung eines Testamentsvollstreckerergremiums kommen aber auch gesetzliche Gründe in Betracht.

So kann die Einsetzung einer Mehrheit von Testamentsvollstreckern bereits bei geringeren Nachlaßwerten geboten sein, insbesondere wenn zum einen minderjährige Erben vorhanden sind und zum anderen die Eltern oder der Vormund deren Testamentsvollstrecker sein sollen. Denn aus der Doppelstellung als einerseits gesetzlicher Vertreter des Minderjährigen und andererseits als Testamentsvollstrecker können sich Interessengegensätze ergeben, welche die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft zur Folge haben⁹².

Bei Einschaltung eines Ergänzungspflegers wird aber die Position des gesetzlichen Vertreters entgegen dem Willen des Erblassers, der durch die Ernennung zum Testamentsvollstrecker dessen Stellung vielmehr verstärken wollte, tatsächlich geschwächt. Ernennet der Erblasser hingegen einen oder mehrere Mitvollstrecker, kann die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft vermieden werden, da bei Rechtsgeschäften mit sich ergebenden Interessengegensätzen der gesetzliche Vertreter als Testamentsvollstrecker wegen rechtlicher Verhinderung nach § 2224 Abs. 1 S. 2 als weggefallen gilt und die übrigen Mitvollstrecker das Rechtsgeschäft vornehmen können.⁹³

Für die übrigen Maßnahmen bleiben auf diese Weise dem gesetzlichen Vertreter die Vorteile aus seiner Doppelstellung erhalten, insbesondere die Haftungsbeschränkung nach § 2214, das Wegfallen familienrechtlicher Beschränkungen, wie etwa einer eventuell notwendigen vormundschaftlichen Genehmigung für bestimmte Rechtsgeschäfte, sowie die Möglichkeit einer auch nach Erreichen der Volljährigkeit fortdauernden Tätigkeit.

⁹² So ausdrücklich OLG Hamm FamRZ 1993, 1122.

⁹³ So Reimann, in: MittBayNot 1994, 56 und Kirchner, in: MittBayNot 1997, 205; aA OLG Nürnberg ZEV 2002, 158, das auch wenn der gesetzliche Vertreter nur einer von mehreren Testamentsvollstreckern ist, Anordnung einer Ergänzungspflegschaft verlangt.

IV. Faktische Gründe

Schließlich sprechen auch faktische Erwägungen für die Ernennung einer Mehrzahl von Testamentsvollstreckern.

Denn für die Fälle der rechtlichen oder tatsächlichen Verhinderung bis hin zur Beendigung des Testamentsvollstreckeramtes infolge Todes, Kündigung oder Entlassung während der eigentlich noch andauernden Verwaltungsaufgabe bietet allein das Vorhandensein mehrerer Testamentsvollstrecker die Gewähr zur unmittelbaren Durch- beziehungsweise Weiterführung der Verwaltung des Nachlasses. So können insbesondere bei der sukzessiven Tätigkeit mehrerer Testamentsvollstrecker längere Zeiträume der Vakanz des Testamentsvollstreckeramtes vermieden werden.

B) Die Ernennung mehrerer Testamentsvollstrecker

Denknotwendige Grundlage für den Amtsantritt eines Testamentsvollstreckerorgans und dessen Legitimation ist die Ernennung mehrerer Testamentsvollstrecker. Im folgenden sollen deshalb die vorgegebenen gesetzlichen Möglichkeiten zur Ernennung einer Mehrheit von Vollstreckern mit den dazugehörigen Problemfeldern aufgezeigt werden.

I. Ernennung durch Anordnung des Erblassers

Die Rechtsmacht, testamentarisch mehrere Testamentsvollstrecker zu ernennen, wird dem Erblasser ausdrücklich durch § 2197 Abs. 1 Alt. 2 zugesprochen.

1. Allgemeines

Probleme können sich dabei ergeben, wenn der Erblasser nicht bereits aufgrund des Wortlauts der Verfügung von Todes wegen eindeutig eine Mehrheit von Testamentsvollstreckern ernennt. Dann ist nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen unter Berücksichtigung des Gebots der wohlwollenden Auslegung letztwilliger Verfügungen nach § 2084 zu ermitteln, ob die Anordnung mehrerer Testamentsvollstrecker dem Erblasserwillen entspricht.

2. Abgrenzung

a) Zur Verwaltungsanordnung

Besondere Abgrenzungsschwierigkeiten können sich zur Verwaltungsanordnung nach § 2216 Abs. 2 ergeben, unter welcher durch letztwillige Verfügung des Erblassers getroffene bindende Richtlinien für die Durchführung der Aufgaben des Testamentsvollstreckers zu fassen sind.⁹⁴

Entscheidende Grundlage der Auslegung ist auch hier der Erblasserwille gemäß § 133, zu dessen Ermittlung aber als mitentscheidendes Kriterium zu berücksichtigen ist, daß bei

⁹⁴ Vgl. Münchener Kommentar/Brandner, § 2216 Rn. 15.

Annahme einer Verwaltungsanordnung das entsprechende Geschäft für den Fall der Zuwiderhandlung für den Nachlaß grundsätzlich wirksam bleibt, ihr also lediglich schuldrechtliche Wirkung zukommt, bei Annahme der Anordnung von Mittestamentsvollstreckung hingegen Unwirksamkeit des Geschäfts die Folge ist.⁹⁵ Eine Berufung zum Mitvollstrecker ist aber jedenfalls dann anzunehmen, wenn eine bestimmte Person zumindest Teile des Nachlasses in fremdem Interesse und nach dem Willen und den Anordnungen des Erblassers verwalten und dabei das eigene Interesse des Berufenen im Vordergrund stehen soll.⁹⁶

aa) Obergerichtliche Entscheidungen

(1) Zur angeordneten Hinzuziehung eines Rechtsanwalts

Beispielhaft hatte das Reichsgericht⁹⁷ zu entscheiden, ob in der testamentarischen Anweisung an den Testamentsvollstrecker, sich eines bestimmten Rechtsanwalts gegen ein festgelegtes Jahreshonorar als Rechtsbeistand zu bedienen, die Bestellung eines Mitvollstreckers oder eine Verwaltungsanordnung zu sehen ist. Hier kam das Reichsgericht durch Auslegung der Erblasseranordnung zu dem Schluß, dieser sei nicht zu entnehmen, daß zugunsten des Rechtsanwalts eine unmittelbare Rechtsbeziehung – also ohne Vermittelung des Testamentsvollstreckers – zum Nachlaß herzustellen sei, weshalb die Ernennung zum Mitvollstrecker ausscheide und folglich von einer Verwaltungsanordnung auszugehen sei.

Für die abgesehen von der Höhe des Honorars gleiche testamentarisch angeordnete Konstellation hat das Kammergericht⁹⁸ hingegen die Anordnung einer Mittestamentsvollstreckung mit der Begründung bejaht, daß durch die Einsetzung eines solchen Rechtsbeistands ein Teil der sonst dem Testamentsvollstrecker zustehenden Rechte und Pflichten auf jenen übertragen werde. Der Rechtsbeistand sei deshalb selbst als Testamentsvollstrecker mit dem dahingehend beschränkten Aufgabenkreis, den

⁹⁵ Vgl. Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, Rn. 202, Staudinger/Reimann, § 2216 Rn. 17.

⁹⁶ Vgl. Bamberger/Roth/Mayer, § 2197 Rn. 23.

⁹⁷ RG Das Recht 1907 Nr. 2334.

⁹⁸ KG OLGE 14, 301.

Mitvollstrecker in Rechtsangelegenheiten der Verwaltung des Nachlasses zu unterstützen, anzusehen.

(2) Zur angeordneten Zustimmungspflichtigkeit oder Hinzuziehung eines Dritten

In Anlehnung an seine erste Entscheidung hat das Reichsgericht⁹⁹ ebenso für die letztwillige Bestimmung des Erblassers, daß die Testamentsvollstreckerin für den Verkauf eines Hauses aus dem Nachlaß an die Zustimmung eines Dritten gebunden ist, durch Auslegung darin eine Mitvollstreckerernennung zu sehen, verneint.

Die Gegenauffassung wurde wiederum vom Kammergericht¹⁰⁰ in einer vergleichbaren Fallkonstellation vertreten. Nach dessen Auffassung ist unter einer entsprechenden Erblasseranordnung, die Einsetzung eines Mitvollstreckers zu verstehen, der in seinen Rechten dahingehend gemäß § 2208 beschränkt ist, nur nach innen, also gegenüber den anderen Mitvollstreckern und dem Erben, tätig zu werden.

In der jüngeren Rechtsprechung hat allerdings die Linie des Reichsgerichts Bestätigung erfahren. So hatte das OLG Düsseldorf in einer Entscheidung von 1998¹⁰¹ die Anordnung im Rahmen eines gemeinschaftlichen Testaments, „bei Fragen kann Frau S. (...) zu Rate gezogen werden“, auszulegen. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf spricht bereits dieser Wortlaut deutlich gegen die Vorstellung, Frau S. solle sich als Testamentsvollstreckerin um die Verwirklichung der testamentarischen Anordnungen kümmern. Jedenfalls könne ein gegenteiliger Wille der Erblasser aber genauso wenig ausgeschlossen werden, was eine zumindest vom Ergebnis für den vorliegenden Fall als ergänzende Testamentsauslegung einzustufende Annahme einer Testamentsvollstreckeranordnung ausscheiden lasse.

bb) Stellungnahme

Das Kammergericht verkennt in seinen Entscheidungen, daß maßgeblich nach dem Erblasserwillen in beiden Fällen nicht die Ausgestaltung der Rechtsstellung des Dritten als Mitvollstrecker beziehungsweise dessen eigenes Interesse an einer solchen Berufung ist,

⁹⁹ RGZ 130, 131 (138).

¹⁰⁰ KG OLGE 12, 400.

¹⁰¹ OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 958.

sondern die Bindung des Testamentsvollstreckers an die Zustimmung beziehungsweise den Rat des Dritten. Die Anordnung soll somit in erster Linie die Rechte des zweifelsfrei eingesetzten Testamentsvollstreckers im Sinne des § 2208 beschränken, wozu die bindende Verwaltungsanordnung nach § 2216 Abs. 2 gerade geschaffen ist. Darüber hinaus dem Erblasserwillen die Anordnung einer Mitvollstreckung zu unterstellen, ist deshalb weder notwendig noch geboten und stößt aufgrund der eindeutigen Anordnung des anderen als Testamentsvollstrecker zudem auf berechtigte Zweifel, die einer solchen ergänzenden Testamentsauslegung gegenüberstehen.

Somit kann aus der eher zurückhaltenden Auslegungspraxis der höchstrichterlichen Rechtsprechung gefolgert werden, daß zumindest in der Regel die letztwillige Verfügung des Erblassers, daß der Testamentsvollstrecker bei bestimmten Geschäften die Zustimmung oder den Rat eines Dritten einholen kann oder muß, allein noch keine Ernennung des Dritten zum Mitvollstrecker, sondern vielmehr eine Verwaltungsanordnung im Sinne des § 2216 Abs. 2 bedeutet, was auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur Zuspruch gefunden hat.¹⁰² Denn auf diese Weise kann der Erblasser die Erben oder Dritte an der Verwaltung des Nachlasses beteiligen, ohne sie gleich zu Mitvollstreckern ernennen zu müssen. So kann es insbesondere sinnvoll sein, für bestimmte Maßnahmen die Testamentsvollstrecker an die Zustimmung eines Schiedsgerichts, eines Wirtschaftsprüfungsunternehmens oder einer Stiftung zu binden, um sie in diesem Bereich zu besonderer Sorgfalt und Vorsicht zu veranlassen.¹⁰³

b) Zur reinen Nebenvollstreckung

Des weiteren gilt es, die Ernennung mehrerer Testamentsvollstrecker im Sinne des § 2224 von der reinen Nebenvollstreckung abzugrenzen, die bei Anordnung mehrerer jeweils beschränkter Testamentsvollstreckungen ohne echte Überschneidungen in den jeweiligen Kompetenzen vorliegt.¹⁰⁴ Wobei letztere dann anzunehmen ist, wenn die zugewiesenen Aufgaben sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis eindeutig voneinander abgegrenzt

¹⁰² Vgl. Staudinger/Reimann, § 2224 Rn. 3; Münchener Kommentar/Brandner, § 2224 Rn. 2; Soergel/Damrau, § 2224 Rn.1; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, Rn. 202; Planck/Flad, § 2224 Anm. 1.

¹⁰³ Vgl. Reimann, in: FamRZ 1995, 592.

¹⁰⁴ Vgl. Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, Rn. 203.

sind, die Nebenvollstrecker also in ihrem Wirkungskreis jeweils ohne Mitwirkung der anderen selbständig handeln können, zum Beispiel, wenn der eine Nebenvollstrecker sich ausschließlich um das Aktiendepot kümmert, der andere um das Immobilienvermögen. In diesem Fall liegen nämlich keine Unterschiede zur Anordnung eines einzelnen Testamentsvollstreckers vor, es sind lediglich die jeweiligen Wirkungskreise sauber zu trennen.

3. Besondere Konstellationen

a) Alleinerbschaft

Die Einsetzung eines Testamentsvollstreckerergremiums gibt dem Erblasser darüber hinaus die Möglichkeit, den Alleinerben in die Testamentsvollstreckung einzubeziehen.

Diesen zum alleinigen Testamentsvollstrecker zu berufen wäre ja sinnlos und ist deshalb auch unzulässig¹⁰⁵, weil er bereits Herr des Nachlasses und insbesondere mit uneingeschränkter Verfügungsbefugnis ausgestattet ist, ihm dann aber an demselben Nachlaß zusätzlich in der Eigenschaft als Testamentsvollstrecker bloße Verwaltungsrechte einzuräumen ist widersinnig.

Tritt aber neben den Alleinerben als Testamentsvollstrecker mindestens ein weiterer Mitvollstrecker hinzu, dann ist die Anordnung der Testamentsvollstreckung in Anbetracht der aus ihr folgenden Beschränkung des Erben, der nunmehr auf die Mitwirkung seines Mitvollstreckers sowohl bei der Verwaltung des Nachlasses als auch bei der Verfügung über Nachlaßgegenstände angewiesen ist, wieder sinnvoll.

Entsprechend¹⁰⁶ kann auch der alleinige Vorerbe zwar nicht alleiniger Testamentsvollstrecker über die Vorerbschaft sein, da dies für ihn eine Erweiterung seiner Rechte bedeuten würde, die Anordnung der Testamentsvollstreckung die Rechte der Erben, auch des Vorerben, aber beschränken soll. Indes steht dies seiner Stellung als Mitvollstrecker genauso wenig wie beim Alleinerben im Weg. Sind mehrere Vorerben eingesetzt, kann einer von ihnen ebenfalls nur dann zum Testamentsvollstrecker und

¹⁰⁵ Ständige Rechtsprechung seit RGZ 77, 177; aA Adams, in: ZEV 1998, 321ff.

¹⁰⁶ Vgl. RGZ 77, 177.

zugleich zum Nacherbenvollstrecker berufen werden, wenn die Testamentsvollstreckung durch ein Gremium ausgeübt wird.¹⁰⁷

b) Mehrere Erben

Bestätigt durch eine Entscheidung des Reichsgerichts¹⁰⁸ können bei einer Mehrheit von Erben auch diese sämtlich zu Testamentsvollstreckern eingesetzt werden.

Der dieser Anordnung Sinn verleihende Unterschied zur reinen Erbeinsetzung besteht nämlich darin, daß bei Meinungsverschiedenheiten anstelle des Mehrheitsbeschlusses der Erbengemeinschaft nach §§ 2038 Abs. 2, 745 die Mitwirkung und Entscheidung des Nachlaßgerichts gemäß § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 tritt. Zudem kann der Erblasser bei Anordnung der Testamentsvollstreckung die Verwaltung im einzelnen abweichend regeln, etwa jedem Miterben einen besonderen Kreis von Aufgaben zuweisen.

Die Einsetzung sämtlicher Miterben zu Testamentsvollstreckern kann sogar dann wirksam sein, wenn durch entsprechende abweichende Anordnung des Erblassers statt gemeinschaftlicher Amtsführung die Entscheidung über Verwaltungsmaßnahmen durch Mehrheitsbeschluß vorgesehen ist.¹⁰⁹

II. Ernennung durch den Testamentsvollstrecker

Der Erblasser hat gemäß § 2199 Abs. 1 aber auch die Möglichkeit durch entsprechende Anordnung in seinem Testament, den Testamentsvollstrecker zur Ernennung eines oder mehrerer Mitvollstrecker zu ermächtigen. Das bedeutet, daß nicht nur die Entscheidung über die Person des Mitvollstreckers, sondern auch diejenige, ob ein Mitvollstrecker überhaupt ernannt werden soll, in das Ermessen des amtierenden Testamentsvollstreckers gestellt wird.

¹⁰⁷ Vgl. BayObLGZ 1976, 67.

¹⁰⁸ Vgl. RGZ 163, 58 f.

¹⁰⁹ Siehe unten S. 79.

1. Verpflichtung zur Ernennung ?

Fraglich könnte allerdings sein, ob sich aus der ausdrücklichen Ermächtigung durch den Erblasser nicht im Einzelfall eine Verpflichtung zur Ernennung ergeben kann.

Nach einer Ansicht¹¹⁰ ist jegliche Begründung einer solchen Verpflichtung des Testamentsvollstreckers als unzulässige Erweiterung seines gesetzlichen Pflichtenkreises, die dem Erblasser nicht gestattet ist, abzulehnen. Wolle der Erblasser sicherstellen, daß der Testamentsvollstrecker von seinem Ernennungsrecht Gebrauch macht, müsse er diesen durch vertragliche Vereinbarung, gegebenenfalls unter Festsetzung einer Vertragsstrafe bei Nichterfüllung, bereits zu Lebzeiten binden.

Nach der Gegenauffassung¹¹¹ ist zu berücksichtigen, daß bereits aus der schlichten Tatsache des Vorhandenseins mehrerer Testamentsvollstrecker heraus zusätzliche Pflichten entstehen, was genauso für den Fall gelten müsse, daß erst einer der Mitvollstrecker bereits im Amt ist. Eine daraus resultierende Erweiterung des Pflichtenkreises könne deshalb nicht als unzulässig angesehen werden, sondern sei vielmehr zwingende Folge des vorgesehenen Mehr-Personen-Verhältnisses. Mithin könne das Unterlassen der Ernennung entgegen dem Willen des Erblassers einen wichtigen Grund zur Entlassung des Testamentsvollstreckers darstellen oder bei Verschulden eine Haftung nach § 2219 beziehungsweise § 826 auslösen. Zuzugeben ist beiden Auffassungen, daß die Lösung dieses Problems im Einklang mit der Gesetzessystematik stehen muß. Wenn aber unstreitig die Ernennung eines Testamentsvollstreckers unter eine aufschiebende Bedingung gestellt sein kann, als die auch die Ernennung eines Mitvollstreckers durch ihn in Frage kommt, warum sollte dann die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers mit der Verpflichtung zur Ernennung eines Mitvollstreckers, also die Ernennung unter der auflösenden Bedingung der Nichternennung, eine unzulässige Erweiterung des gesetzlichen Pflichtenkreises darstellen. Vielmehr ist die Wahl dieser Konstruktion m. E. sogar vorzugswürdig, da sie im Gegensatz zur aufschiebend bedingten Ernennung den sofortigen Schutz des Nachlasses gemäß §§ 2211, 2214 ermöglicht. Es kann dem Erblasser, dessen Wille ja ohnehin oberste Richtschnur für die

¹¹⁰ Vgl. Münchener Kommentar/Brandner, § 2199 Rn. 4; Bamberger/Roth/Mayer, § 2199 Rn. 3.

¹¹¹ Vgl. Kipp/Coing, § 67 I 5; Planck/Flad, § 2199 Anm. 2; Soergel/Damrau, § 2199 Rn. 3; Staudinger/Reimann, § 2199 Rn. 9 f.

Kompetenzen des Testamentsvollstreckers ist, deshalb nicht verwehrt werden, den Testamentsvollstrecker entsprechend zu verpflichten.

2. Umfang des Ernennungsrechts

Die dem Testamentsvollstrecker durch den Erblasser erteilte Ermächtigung, weitere Mitvollstrecker zu ernennen, räumt diesem von Anfang an eine herausragende Stellung im Rahmen des späteren Testamentsvollstreckerergremiums ein.

a) Aufgabenzuweisung durch den Ernennungsberechtigten ?

Fraglich ist deshalb, ob, wenn diesem ohnehin die Entscheidung über die Ernennung von Mitvollstreckern - außer es besteht obiger Auffassung folgend eine zulässige Verpflichtung zur Ernennung - und die Benennung der jeweiligen Personen, dann nicht grundsätzlich auch die Befugnis zusteht, die Aufgaben der ernannten Mitvollstrecker abzugrenzen und gegebenenfalls gewisse Zuständigkeiten festzulegen.

Eine derartige Aufgabenzuweisung durch den „ersten“ Testamentsvollstrecker würde allerdings mit der gesetzlichen Regelung des § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 kollidieren, welche die gemeinschaftliche Amtsführung mehrerer Testamentsvollstrecker bestimmt. Von dieser kann zwar durch Erblasseranordnung nach § 2224 Abs. 1 S. 3 abgewichen werden, aber eine solche hat ausdrücklich zu erfolgen¹¹². Das gesetzliche Kollegialprinzip allein aufgrund einer nach § 2199 Abs. 1 erteilten Ernennungsberechtigung ohne weitere Anhaltspunkte in der Verfügung von Todes wegen zur Disposition eines Testamentsvollstreckers zu stellen widerspräche deshalb dem in § 2224 Abs. 1 gesetzlich festgelegten Regel-Ausnahme-Verhältnis. Eine entsprechende Auslegung der Ernennungsberechtigung käme folglich einer solchen contra legem gleich und ist abzulehnen.

Will der Erblasser den Ernennungsberechtigten zu einer Art Obervollstrecker ernennen, muß er dies ausdrücklich testamentarisch anordnen.

¹¹² Siehe ausführlich unten S. 77 ff.

b) Zahl der zu ernennenden Mitvollstrecker

Des weiteren stellt sich die Frage, ob § 2199 Abs. 1 dem ernennungsberechtigten Testamentsvollstrecker hinsichtlich der Zahl zu ernennender Mitvollstrecker freie Hand läßt oder diese durch den Erblasser festgesetzt werden muß.

Da die Regelung eine ausdrückliche Ermächtigung in der Verfügung von Todes wegen erfordert, ist vorrangig aus dieser ein entsprechender ausdrücklicher beziehungsweise mutmaßlicher Wille des Erblassers zu ermitteln. Läßt sich diesem aber über die grundsätzliche Ermächtigung, mehrere Mitvollstrecker ernennen zu dürfen, hinaus nichts entnehmen, gilt der Grundsatz, daß die Ausübung der Ermächtigung auch im Hinblick auf die Zahl der Mitvollstrecker im freien Ermessen des ernennungsberechtigten Testamentsvollstreckers steht, da das Bestimmungsrecht ihm dieselben Rechte gibt, die der Erblasser gehabt hätte.¹¹³ Vom Gesetz ist die Zahl der Testamentsvollstrecker somit nicht begrenzt.¹¹⁴ Die einzig denkbare Einschränkung bildet dann die sich aus § 242 ergebende Unzulässigkeit eines offenkundig rechtsmißbräuchlichen Verhaltens, etwa wenn für einen relativ geringwertigen Nachlaß, dessen Verwaltung nicht übermäßig aufwendig ist, eine Heerschar von Mitvollstreckern ernannt wird, die allein durch ihre Vergütungsansprüche den Nachlaß aufzuzehren drohen.

3. Handlungsbefugnis bis zum Amtsantritt

Eine wichtige Folgefrage für den Handlungsspielraum des Testamentsvollstreckers, die es im Wege der Auslegung aufzulösen gilt, ist, ob er bis zur Ernennung der Mitvollstrecker als alleiniger Testamentsvollstrecker bereits für den Nachlaß tätig werden kann oder ob er erst gemeinschaftlich mit dem oder den zu ernennenden Mitvollstreckern dazu ermächtigt sein soll.

Im letzteren Fall wird nämlich sogar die Auffassung vertreten¹¹⁵, daß er zunächst nur Dritter im Sinne des § 2198 sei und erst mit den von ihm ernannten Mitvollstreckern zusammen

¹¹³ Vgl. Soergel/Damrau, § 2199 Rn. 3; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, Rn. 59.

¹¹⁴ Vgl. Staudinger/Reimann, § 2197 Rn. 68.

¹¹⁵ Vgl. Kipp/Coing, § 67 I 5; Soergel/Damrau, § 2199 Rn. 3.

selbst zum Testamentsvollstrecker werde. Dies hätte zur Folge, daß der vom Erblasser zur Ernennung Berechtigte gemäß § 2198 Absatz 2 durch Fristsetzung zur Ernennung gedrängt werden könnte.

Dies ist aber mit der vorherrschenden Ansicht in der Literatur¹¹⁶ abzulehnen. Denn der Ernennungsberechtigte soll nach dem ausdrücklichen Willen des Erblassers Testamentsvollstrecker sein, lediglich seine Befugnis zur tatsächlichen Ausführung des Amtes, insbesondere also die Verwaltung des Nachlasses, ist als durch die Mitvollstreckerernennung bedingt anzusehen. Sonst würden ja die entscheidenden Wirkungen der Testamentsvollstreckungsanordnung zum Schutz des Nachlasses gemäß §§ 2211, 2214 auch noch nicht eintreten können, was in der Regel nicht mit dem Erblasserwillen zu vereinbaren wäre. Damit entfällt aber auch die Möglichkeit zur Fristsetzung nach § 2198 Absatz 2, vielmehr kann dem eventuell bestehenden Schwebezustand bis zur Ernennung der Mitvollstrecker nur durch Antrag auf Entlassung nach § 2227 begegnet werden.

4. Ernennungsentscheidung durch mehrere Testamentsvollstrecker

Eine weitere Frage stellt sich, wenn bereits die Ermächtigung zur Ernennung von Mitvollstreckern einer Mehrheit von Testamentsvollstreckern zusteht. Dann gilt es nämlich durch Auslegung des Erblasserwillens zu klären, ob der oder die Mitvollstrecker durch Mehrheits- oder einstimmigen Beschluß hinzugewählt werden sollen.

Ist zwar Übereinstimmung der Testamentsvollstrecker erforderlich, gelangen diese aber zu keiner Einigung, muß ein Lösungsweg gefunden werden. In Betracht kommt in erster Linie das Beschreiten des Rechtswegs, wobei es aber zunächst die gerichtliche Zuständigkeit für diese Sachfrage zu klären gilt, die nicht unumstritten ist.

Nach Ansicht des Kammergerichts¹¹⁷ entscheidet bei einer Meinungsverschiedenheit mehrerer Testamentsvollstrecker über die Ernennung eines weiteren Mitvollstreckers das Nachlaßgericht. Dies wird damit begründet, daß die Ermächtigung nach § 2199 nur ein besonderer Anwendungsfall des in § 2198 grundsätzlich aufgestellten Rechts zur Ernennung

¹¹⁶ Vgl. Bamberger/Roth/Mayer, § 2199 Rn. 7; Münchener Kommentar/Brandner, § 2199 Rn. 7; Planck/Flad, § 2199 Anm. 2; Staudinger/Reimann, § 2199 Rn. 9.

¹¹⁷ Vgl. KG Recht 1914 Nr. 1117.

sei, dessen Eigenheit lediglich darin bestünde, daß nicht ein beliebiger Dritter, sondern der oder die Testamentsvollstrecker hier ermächtigt seien. Könnten die ermächtigten Testamentsvollstrecker sich darüber, ob ein anderer Mitvollstrecker zu ernennen sei, nicht einigen, so läge eine Meinungsverschiedenheit im Sinne des § 2224 vor, für die nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 das Nachlaßgericht zuständig sei.

Nach der Gegenauffassung des OLG Hamburg¹¹⁸ kommt eine Entscheidung durch das Nachlaßgericht nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 nicht in Betracht, da das in das Ermessen der Mitvollstrecker gestellte Ernennungsrecht nur einstimmig ausgeübt werden könne. Dem widerspräche es aber, wenn das Nachlaßgericht auf Anrufung durch einen Testamentsvollstrecker gegen den Willen des oder der anderen Testamentsvollstrecker über die Ernennung bestimmen könnte. Dies würde zudem eine zumindest mittelbare Ermächtigung des Nachlaßgerichts zur Ernennung der Testamentsvollstrecker zur Folge haben, die nach § 2200 aber einen in der Verfügung von Todes wegen ausdrücklich geäußerten entsprechenden Erblasserwillen erfordere und somit auch aufgrund der systematischen Auslegung ausscheide.

Die Ansicht des OLG Hamburg ist hier vorzugswürdig. Sie trägt auf der Grundlage gesetzessystematischer Erwägungen der Tatsache Rechnung, daß das Ernennungsrecht bei angeordneter Einstimmigkeit eben keine gemeinschaftliche Verwaltungsmaßnahme darstellt, die im Streitfall die Entscheidungsbefugnis des Nachlaßgerichts zur Folge hat, sondern dieses ausschließlich in die Verantwortung der Mitvollstrecker stellt. Eine Erweiterung der Befugnisse des Nachlaßgerichts zur Ernennung in Umgehung der Voraussetzungen des § 2200 ist darüber hinaus grundsätzlich abzulehnen.

Hat der Erblasser hingegen nicht Einstimmigkeit angeordnet, so üben die Testamentsvollstrecker das Ernennungsrecht gemeinschaftlich nach dem Grundsatz des § 2224 Abs. 1 aus, mit der Folge, daß bei einer Meinungsverschiedenheit unstreitig das Nachlaßgericht gemäß § 2224 Abs. 1 S. 2 entscheidet. Eine Ausnahme ist aber für den Fall zu machen, daß das Recht zur Ernennung nur einem bestimmten der mehreren Testamentsvollstrecker zusteht, dann gehört diese Ermächtigung als persönliche Aufgabe nicht zur Amtsführung des Testamentsvollstreckerorgans und kann daher auch nicht zum Gegenstand einer vom Nachlaßgericht zu treffenden Streitentscheidung gemacht werden.¹¹⁹

¹¹⁸ Vgl. OLG Hamburg, OLGE 44, 96.

¹¹⁹ Vgl. Münchener Kommentar/Brandner, § 2199 Rn. 2.

5. Ernennungsbefugnis des Alleinerbentestamentsvollstreckers ?

Aus der Zulässigkeit der Berufung des Alleinerben beziehungsweise alleinigen Vorerben zu einem von mehreren Testamentsvollstreckern¹²⁰ ergibt sich ohne weiteres folgerichtig auch die Zulässigkeit, diesen nach § 2199 Abs. 1 zur Ernennung eines weiteren Mitvollstreckers zu ermächtigen.

Fraglich ist allerdings die Zulässigkeit der Ernennung des alleinigen (Vor-)Erben zum zunächst alleinigen Testamentsvollstrecker mit der Ermächtigung, einen Mitvollstrecker zu benennen.

Nach Ansicht des OLG Zweibrücken¹²¹ scheide infolge der unwirksamen Ernennung des Allein(vor)erben zum alleinigen Testamentsvollstrecker bereits begrifflich die Ermächtigung zur Benennung eines Mitvollstreckers an ihn aus. Die somit aus Rechtsgründen unwirksame entsprechende testamentarische Bestimmung des Erblassers könne höchstens im Wege ergänzender Auslegung in ein konkludentes Ersuchen auf Ernennung eines Testamentsvollstreckers durch das Nachlaßgericht umgedeutet werden.

Damrau¹²² will hingegen danach unterscheiden, ob der alleinige (Vor-)Erbe wirklich zum alleinigen Testamentsvollstrecker mit entsprechender Ermächtigung eingesetzt wurde oder nicht vielmehr durch den Erblasser von Anfang an Testamentsvollstreckung durch mehrere Vollstrecker angeordnet war, das heißt die grundsätzliche Ernennung einer Mehrheit von Testamentsvollstreckern durch ihn erfolgte, lediglich die Benennung der Person des oder der weiteren Mitvollstreckers gemäß § 2199 dem Vollstrecker obliegt, der zugleich Allein(vor)-erbe ist.

Diese differenzierte Betrachtungsweise ist vorzugswürdig. Sie korrespondiert mit der oben vertretenen Auffassung, daß der nur zur gemeinschaftlichen Amtsführung mit den Mitvollstreckern bestimmte Ernennungsberechtigte zwar bereits Testamentsvollstrecker und nicht Dritter im Sinne des § 2198, aber eben zunächst nur mit der Befugnis zur Benennung der Mitvollstrecker, ist. Folglich liegt zu keinem Zeitpunkt eine unzulässige alleinige im Sinne einer verwaltenden Testamentsvollstreckung durch den Allein(vor)erben vor. Dem Erblasser aber dann die Möglichkeit einer solchen Gestaltung aus begrifflichen Gründen zu

¹²⁰ Siehe oben S. 40.

¹²¹ Vgl. OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 323.

¹²² Vgl. Damrau, in: ZEV 2001, 28.

verbieten, würde den vorrangigen erbrechtlichen Grundsätzen der wohlwollenden Auslegung nach § 2084 und der Maßgeblichkeit des Erblasserwillens widersprechen.

III. Ernennung durch Dritte

Das in § 2198 geregelte Recht zur Ernennung von Testamentsvollstreckern durch Dritte war bereits bei Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs keineswegs unumstritten. So spricht insbesondere der in § 2065 Niederschlag gefundene erbrechtliche Grundsatz, daß Ausführung und Inhalt einer letztwilligen Verfügung grundsätzlich nicht dem Belieben eines Dritten überlassen werden dürfen, dagegen. Von der Bedeutung her kann nämlich die Ernennung eines Testamentsvollstreckers anderen Verfügungen von Todes wegen durchaus gleichgestellt werden. Warum sollte also gerade in diesem Bereich von der Regel abgewichen werden.

Diese Abweichung wurde dann in erster Linie durch praktische Fallgestaltungen und Notwendigkeiten gerechtfertigt, bei denen der Erblasser zu seinen Lebzeiten die zur Testamentsvollstreckung geeignetste Person noch nicht, hingegen eine wahrscheinlich länger lebende Vertrauensperson, die dazu in der Lage sein wird, bestimmen kann, so zum Beispiel bei Verfügungen eines Laien zu Gunsten der Wissenschaft.¹²³ Zudem wird das „Prinzip der Selbstbestimmung durch den Erblasser“ bereits durch andere Regelungen im Bereich der Testamentsvollstreckung, namentlich den §§ 2199, 2200, durchbrochen, ebenso wie in §§ 2151 ff. für Vermächnisse.

Andererseits gilt gerade für die Ermächtigung zur Ernennung von Mitvollstreckern, daß der Erblasser es einem Dritten nicht überlassen darf, die bereits ernannten Testamentsvollstrecker entsprechend zu ermächtigen.¹²⁴

¹²³ Vgl. Protokolle V, 249.

¹²⁴ Vgl. KG OLGE 44, 100.

IV. Ernennung durch das Nachlaßgericht

Nach § 2200 kann auch das Nachlaßgericht zur Ernennung mehrerer Testamentsvollstrecker ermächtigt werden. Dies erfordert ausdrücklich ein entsprechendes Ersuchen des Erblassers in seiner Verfügung von Todes wegen, die Anrufung durch einen anderen Beteiligten scheidet insofern also aus.

Die Bedeutung der nachlaßgerichtlichen Ernennung in der Praxis ergibt sich vor allem als Auffangtatbestand für fehlgeschlagene Ernennungen, wenn für den Erblasser die Gewährleistung der fortdauernden Testamentsvollstreckung wichtiger ist als die Person des Vollstreckers. Er spart sich damit insbesondere eine Vielzahl von Eventualernennungen.

Einen weiteren Anwendungsfall stellt die bedingt erteilte Ermächtigung des Nachlaßgerichts zur Absicherung des Erblasserwillens dar, wenn der mit einem Ernennungsrecht nach § 2199 ausgestattete Testamentsvollstrecker es unterläßt, einen Mitvollstrecker zu ernennen, und dies den Bedingungseintritt auslöst. Der Erblasser kann dadurch also mittelbar das Vorhandensein eines Testamentsvollstreckerorgans gewährleisten.

Ansonsten spielt die Ernennung durch das Nachlaßgericht bei einer Mehrheit von Testamentsvollstreckern eine eher untergeordnete Rolle, da diese in der Regel bei wirtschaftlich komplexen Nachlässen eingesetzt werden¹²⁵, das Nachlaßgericht aber in der Regel nicht über den dann für die Ernennung dazu geeigneter Testamentsvollstrecker nötigen Einblick in die wirtschaftlichen Verhältnisse verfügt.¹²⁶

V. Zwischenergebnis

Bei der Einsetzung mehrerer Testamentsvollstrecker durch den Erblasser ist zunächst durch Auslegung des im Testament Niederschlag gefundenen Erblasserwillens sicherzustellen, ob die dort erfolgte Aufgabenzuweisung tatsächlich Mitvollstreckerschaft zur Folge hat oder nicht vielmehr eine bindende Verwaltungsanordnung vorliegt. So ist im Zweifel keine Berufung zum Mitvollstrecker gegeben, wenn nach dem Interesse des Erblassers nicht die Rechtsstellung des Dritten als Testamentsvollstrecker, sondern vielmehr allein die

¹²⁵ Siehe oben S. 31.

¹²⁶ Vgl. Felix, in: DStZ 1987, 601.

Beschränkung der Rechte des eindeutig eingesetzten Vollstreckers von entscheidender Bedeutung ist. Nebenvollstreckung besteht hingegen, wenn aufgrund der Aufgabenverteilung kein gemeinschaftlich zu verwaltender Nachlaßgegenstand mehr verbleibt und in der Folge die Testamentsvollstrecker selbständig nebeneinander tätig sind.

Die Wahl eines Testamentsvollstreckerremiums erlaubt es dem Erblasser, den Alleinerben in die Testamentsvollstreckung einzubeziehen und aufgrund der Unterschiede zur Erbengemeinschaft auch sämtliche Miterben allein zu Testamentsvollstreckern zu ernennen.

Sollen Mitvollstrecker durch den oder die bereits eingesetzten Testamentsvollstrecker ernannt werden, gilt es zu klären, ob sie dazu durch den Erblasser verpflichtet werden können, wie weit ihr Ernennungsrecht reicht, wie sich die Handlungsbefugnis in der Schwebezeit bis zum Amtsantritt der übrigen Vollstrecker darstellt, welche Anforderungen an die Entscheidung durch mehrere zu stellen sind, wer bei auftretenden Meinungsverschiedenheiten zuständig ist und unter welchen Voraussetzungen der Alleinerbentestamentsvollstrecker ernennungsbefugt sein darf.

Schließlich kann kraft Erblasserwillens auch Dritten oder dem Nachlaßgericht die Ernennungsbefugnis von Mitvollstreckern übertragen sein.

C) Die Durchführung der Verwaltung

Hat sich ein Testamentsvollstreckergremium nach erfolgter Ernennung und Amtsannahme konstituiert, kann es seine verwaltende Tätigkeit hinsichtlich des ihm unterstellten Nachlasses aufnehmen.

I. Rahmenbedingungen

Die Rahmenbedingungen ihrer Tätigkeit werden einerseits durch die entsprechenden gesetzlichen Regelungen und andererseits durch die ergangenen Anordnungen des Erblassers vorgegeben. Hier soll zunächst das gesetzliche Regelbild dargestellt werden, um darauf aufbauend dann die Vielgestaltigkeit denkbarer abweichender testamentarischer Bestimmungen für den Einzelfall aufzeigen zu können.

1. Gesetzliche Grundlagen

Die für die Durchführung der Verwaltung durch mehrere Testamentsvollstrecker spezifischen gesetzlichen Grundlagen finden sich in § 2224, der insoweit die allgemeinen Verwaltungsnormen im Testamentsvollstreckungsrecht ergänzt.

a) Gemeinschaftliche Amtsführung

Nach der Regelung des § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 haben mehrere Testamentsvollstrecker ihr Amt gemeinschaftlich zu führen. Gemäß § 2224 Abs. 1 S. 3 ist aber ihre ausdrückliche Subsidiarität zu beachten, was zur Folge hat, daß abweichende Bestimmungen des Erblassers für den konkret betroffenen Nachlaß grundsätzlich Vorrang haben.

aa) Begriffsklärung

Die nahezu wortgleiche Bestimmung findet sich entsprechend für die Amtsführung mehrerer Vormünder in § 1797 Abs. 1 Satz 1, sowie eine sehr ähnliche Fassung für die Handlungen mehrerer Liquidatoren in § 150 Abs. 1 HGB. Bezüglich der Verwaltung des

Nachlasses ordnet zudem auch § 2038 Abs. 1 Satz 1 bei einer Mehrzahl von Erben deren gemeinschaftliche Führung an, was nach § 2040 Abs. 1 ebenso ausdrücklich für die Verfügung über Nachlaßgegenstände gilt. Aufgrund der Identität des Regelungsgegenstandes, Verwaltung des Nachlasses durch eine Personenmehrheit, und der damit in der Regel einhergehenden Vergleichbarkeit der Interessenlage wird sich vor allem die rechtswissenschaftliche Diskussion zu letzterer Regelung zur Heranziehung anbieten.

Der Begriff der Gemeinschaftlichkeit, der all diesen Regelungen gemeinsam ist, bedeutet, daß zur Vornahme rechtlich erheblicher Handlungen grundsätzlich Übereinstimmung aller erforderlich ist, weshalb auch von Gesamtvertretern gesprochen wird.¹²⁷ Übereinstimmung in diesem Sinne hat allerdings nicht zwangsläufig stets gleichzeitiges Auftreten aller zur Voraussetzung, vielmehr genügt die Einwilligung oder Genehmigung, welche durchaus auch konkludent erteilt werden kann.¹²⁸

Bezugspunkt der Gemeinschaftlichkeit ist die gesamte Amtsführung der Testamentsvollstrecker, wobei in diesem Rahmen der Blick auf die Verwaltung des Nachlasses eingeschränkt werden soll. Dieser Verwaltungsbegriff des Testamentsvollstreckungsrechts differenziert nicht weiter, etwa zwischen Geschäftsführungsbefugnis und Rechtsmacht im Außenverhältnis, so daß er gleichermaßen das Innen- wie das Außenverhältnis umfaßt. Demnach muß jede Verwaltungshandlung der Testamentsvollstrecker zunächst auf einem einstimmigen Beschluß des Testamentsvollstreckerorgans beruhen, der dann auch nach außen von der Mitwirkung aller getragen wird. Selbst wenn die Testamentsvollstrecker im Innenverhältnis einvernehmlich eine bestimmte Aufgabenverteilung vorgenommen haben, ändert dies somit nichts an der dennoch notwendigen Mitwirkung auch der anderen zur Wirksamkeit im Außenverhältnis. Einer Geschäftsverteilungsvereinbarung der Testamentsvollstrecker kommt demnach nur interne Wirkung zu.¹²⁹ Allerdings ist es ausreichend, daß sich das Handeln für die anderen aus den Umständen gemäß § 164 Abs. 1 S. 2 ergibt.

Beispielhaft für die Verfügung über einen Nachlaßgegenstand bedeutet dies, daß jeder Mitvollstrecker über den gemeinsamen Beschluß der Verfügung hinaus auch selbst über den

¹²⁷ Vgl. Münchener Kommentar/Dütz, § 2038 Fn. 66; Staudinger/Reimann, § 2224 Rn. 12.

¹²⁸ Vgl. Soergel/Wolf M., § 2038 Rn. 7.

¹²⁹ So ausdrücklich BGH NJW 1967, 2401.

ganzen Gegenstand, nicht einen bestimmten Anteil, verfügen muß, da die Verfügungsmacht der Vollstrecker nicht teilbar ist.¹³⁰

Sinn und Zweck dieser Ausgestaltung der Verwaltung des Nachlasses durch mehrere Testamentsvollstrecker in Kollektivvertretung ist, wie auch bei deren anderen Anwendungsfällen, einerseits die Fruchtbarmachung der gemeinsamen Kompetenz, andererseits die Sicherung gegen einen Mißbrauch der Vertretungsmacht durch die gegenseitige Kontrolle der Vertreter, hier also der Mitvollstrecker.

bb) Vereinbarkeit mit der Stellvertretung

Der dargestellte Zweck der gemeinschaftlichen Amtsführung wirft die Frage auf, inwieweit damit die Bevollmächtigung Dritter beziehungsweise eines oder mehrerer Mitvollstrecker zur alleinigen Durchführung vereinbar ist.

(1) Bevollmächtigung Dritter

Zunächst soll untersucht werden, ob und inwieweit die Bevollmächtigung von Dritten durch die Mitvollstrecker zulässig ist.

Gerade bei Einsetzung eines Testamentsvollstreckerorgans erscheint es naheliegend, daß die Aufgaben zumindest bei entsprechender Arbeitsteilung durch die Vollstrecker selbst erledigt werden können, ob dies aber zwingend erforderlich ist, kann hingegen höchstens dem speziellen Erblasserwillen entnommen werden.

Der Gesetzgeber geht jedenfalls von einer grundsätzlichen Befugnis zur Bestellung von Vertretern durch die Testamentsvollstrecker aus.¹³¹ Insbesondere bei einer nie auszuschließenden Verhinderung eines Mitvollstreckers ist sie einer ordnungsgemäßen Amtsführung sogar in der Regel förderlich, insofern als durch diese einer drohenden zeitlichen Verschleppung von Verwaltungshandlungen begegnet werden kann. Aufgrund des in § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 als gesetzlichen Regelfall vorgesehenen Einstimmigkeitsgebots, stellt sich die Entscheidungsfindung innerhalb des Gremiums ohnehin als eher schwerfällig dar. Würde darüber hinaus Stellvertretung ausgeschlossen

¹³⁰ Vgl. KG OLGE 19, 276.

¹³¹ Vgl. Motive V, 219.

sein, wäre bei Verhinderung bereits eines Mitvollstreckers jede Nachlaßaktivität lahmgelegt, mit Ausnahme der Notgeschäftsführung nach § 2224 Abs. 2, die der Mitvollstrecker aber aufgrund der später noch ausführlich darzustellenden mit ihr verbundenen Nachweisprobleme im konkreten Fall scheuen wird.

Deshalb ist auch bei Einsetzung eines Testamentsvollstreckerergremiums davon auszugehen, daß grundsätzlich die Zulässigkeit der Stellvertretung dem Erblasserwillen als maßgeblichem Auslegungshorizont entspricht, solange der übergeordnete Grundsatz der ordnungsmäßigen Verwaltung nach § 2216 Abs. 1 gewahrt bleibt oder sogar gefördert wird. Im Innenverhältnis können die Testamentsvollstrecker demnach bei Einigkeit auch Dritten gegenüber grundsätzlich Vollmacht zur Vornahme von Verwaltungshandlungen erteilen. Im Verhältnis zu den Erben gilt es jedoch §§ 2218, 664 zu beachten, wonach die Übertragung der Obliegenheiten der Testamentsvollstrecker an Dritte grundsätzlich unzulässig ist. Dies schließt aber die Bevollmächtigung eines Dritten nicht aus, solange der Testamentsvollstrecker neben diesem noch höchstpersönlich aus eigener Rechtsmacht Rechtsgeschäfte für den Nachlaß vorzunehmen in der Lage ist, da dann auch keine nach § 2218 unzulässige Übertragung seiner gesamten Obliegenheiten im Sinne des § 664 vorliegt.¹³²

(2) Bevollmächtigung eines Mitvollstreckers

Einen Sonderfall der Bevollmächtigung stellt diejenige eines Mitvollstreckers dar. Denn aufgrund der nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 notwendigen gemeinschaftlichen Amtsführung erfordert grundsätzlich auch die Bevollmächtigung als Teil der ausgeübten Amtsführung gemeinschaftliches Handeln aller Mitvollstrecker, also auch des zu Bevollmächtigenden.

¹³² Vgl. KG OLGE 9, 408.

(a) Vereinbarkeit mit § 181

In diesem Rahmen stellt sich allerdings die Frage, ob darin nicht ein unzulässiges Insichgeschäft in entsprechender¹³³ Anwendung des § 181 zu erblicken ist.

Nach Auffassung des Oberlandesgerichts Hamburg¹³⁴ trifft dies zumindest nicht auf den Fall der Bevollmächtigung nach § 167 Abs. 1 Alt. 2, der sogenannten Außenvollmacht, zu, mit der Begründung, daß bei ihr die entsprechende Willenserklärung durch Erklärung gegenüber einem Dritten erfolgt, weshalb, was die Bevollmächtigung betrifft, kein Insichgeschäft vorliegt.

Aber auch bei Vorliegen einer Innenvollmacht wäre eine sich aus § 181 ergebende Unzulässigkeit geradezu widersinnig. Denn wenn die Mitvollstrecker sogar einen außenstehenden Dritten bevollmächtigen dürfen, muß dies doch erst recht für einen der Mitvollstrecker gelten. Aufgrund des oben dargelegten regelmäßigen Erblasserwillens kann aber auch in der Einsetzung eines Testamentsvollstreckerorgans die Gestattung eines solchen Insichgeschäfts als schlüssig enthalten anzunehmen sein, wie dies bereits für den Fall der Ernennung eines Miterben zum Testamentsvollstrecker oder zum Testamentsvollstrecker für Erben und Vermächtnisnehmer höchstrichterlich¹³⁵ bestätigt wurde. Dann ist allerdings auch die dort betonte Einschränkung zu übertragen, daß an den Grundsatz der ordnungsmäßigen Verwaltung in diesem Rahmen besonders strenge Anforderungen zu stellen sind. Nach Urteil des BGH besteht nämlich diesbezüglich „ein enger inhaltlicher Zusammenhang zwischen § 181 und § 2216“¹³⁶.

(b) Vollmachtsgegenstand

Über die Frage der Vereinbarkeit mit § 181 hinaus stellt sich bei Bejahen der Zulässigkeit die Folgefrage des Vollmachtsgegenstandes.

¹³³ Vgl. BGHZ 30, 69: Die unmittelbare Anwendung des § 181 scheitert an der fehlenden Vertreterstellung des Testamentsvollstreckers. Aufgrund der Vergleichbarkeit der Interessenkollision ergibt sich aber dessen entsprechende Anwendbarkeit auf den Testamentsvollstrecker als Träger eines privaten Amtes.

¹³⁴ Vgl. OLGE 10, 303.

¹³⁵ Vgl. BGHZ 30, 67 (70); BGH NJW 1954, 1036 f.; RGZ 80, 180; Soergel/Leptien, § 164 Fn. 206; Staudinger/Schilken, § 167 Rn. 55; Gesamtvertreterermächtigung: Schwarz, in: NZG 2001, 529.

¹³⁶ BGHZ 30, 70.

Im Rahmen der vergleichbaren Regelung für die gemeinschaftliche Amtsführung mehrerer Vormünder nach § 1797 Abs. 1 wird zur Frage der Bevollmächtigung eines Mitvormunds von Schwab¹³⁷ die Ansicht vertreten, daß der einzelne Mitvormund von vornherein wirksam handeln könne, wenn ihn die anderen entsprechend bevollmächtigt haben, weil es sich hier um die Erteilung einer Untervollmacht aufgrund gesetzlicher Vertretungsmacht handle.

Nach anderer Auffassung ist hier bezüglich des Vollmachtsgegenstandes die Gesamtvertretungsmacht des bevollmächtigten Mitvollstreckers als zu einer Einzelvertretungsmacht erweitert anzusehen. Streng genommen liege in diesem Fall dann keine Bevollmächtigung, sondern eine Ermächtigung im Sinne des § 185 vor.¹³⁸ Zum Teil wird die Grundlage einer solchen Ermächtigung in einer Gesamtanalogie zu den spezialgesetzlich geregelten Fällen eines einzelnen Gesamtvertreters in §§ 125 Abs. 2 S. 2, 150 Abs. 2 S. 1 HGB, §§ 78 Abs. 4, 269 Abs. 4 AktG, § 25 Abs. 3 GenG angenommen.

Was die Vereinbarkeit des Grundsatzes der gemeinschaftlichen Amtsführung des § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 mit den Möglichkeiten der Stellvertretung angeht, bleibt somit festzuhalten, daß es den Mitvollstreckern freisteht, einen aus den eigenen Reihen oder einen Dritten mit der Ausführung der Anordnungen oder der laufenden Verwaltung zu beauftragen.

(3) Zulässigkeit einer Generalvollmacht

Aufgrund der mit ihr verbundenen umfassenden Übertragung von Befugnissen stellt sich bereits grundsätzlich die Frage der Zulässigkeit einer Generalvollmachterteilung durch die Testamentsvollstrecker.

(a) Erteilung an einen Dritten

Zunächst soll geklärt werden, ob die Mitvollstrecker einem Dritten Generalvollmacht erteilen können. Denn einer solchen Bevollmächtigung könnte das durch §§ 2218 Abs. 1,

¹³⁷ Vgl. Münchener Kommentar/Schwab, § 1797 Rn. 5.

¹³⁸ Vgl. BGHZ 64, 72; BGH NJW-RR 1986, 778; Soergel/Leptien, § 164 Rn. 29, Münchener Kommentar/Schramm, § 164 Rn. 88.

664 aufgestellte Verbot, die Ausführung des Amtes als Ganzes einem Dritten zu übertragen, entgegenstehen.

(aa) Ansicht von Haegele/Winkler

In Berufung auf diese Regelung hält Haegele/Winkler¹³⁹ deshalb die Übertragung einer Generalvollmacht durch die Testamentsvollstrecker auf einen Dritten für grundsätzlich unzulässig, außer der Erblasserwille biete hierfür ausdrückliche Anhaltspunkte. Gesetzessystematisch kann für diese Ansicht angeführt werden, daß auch die Ernennung eines Mitvollstreckers nach § 2199 Abs. 1 der ausdrücklichen Ermächtigung des Erblassers bedarf, ebenso wie nach § 2199 Abs. 2 die Befugnis, einen Nachfolger zu bestellen. Daraus kann durch Auslegung mittels des *argumentum e contrario* gefolgert werden, daß ohne eine solche ausdrückliche Ermächtigung eine vergleichbar umfassende Übertragung der Testamentsvollstreckerbefugnisse unzulässig sei und § 2199 abschließend die notwendigen Anwendungsbereiche abdecke.

Zudem gilt es bei der nach § 2218 Abs. 1 angeordneten entsprechenden Anwendung des § 664, dessen systematische Einbettung im Auftragsrecht zu berücksichtigen¹⁴⁰. Im Vergleich zu dem nach § 662 grundsätzlich unentgeltlichen Auftrag und den Einwirkungsmöglichkeiten des Auftraggebers, geht es bei der Testamentsvollstreckung in der Regel zum einen um beachtliche Vermögenswerte, wobei gleichzeitig zum anderen aufgrund des Ablebens des anordnenden Erblassers über die Erblasserverfügung hinaus keinerlei Einflußmöglichkeit mehr besteht. Dies verdeutlicht die im Vergleich zum Auftrag noch weitergehende Vertrauenskomponente in die persönliche Amtsführung, der bei der „entsprechenden“ Anwendung auf die Testamentsvollstreckung Rechnung zu tragen ist und die gegen jegliche weitreichende Übertragung von Befugnissen der Mitvollstrecker an Dritte ins Feld geführt werden kann.

Unterstützend für die ablehnende Auffassung wird auch auf den entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Grundsatz hingewiesen, der es dem Geschäftsführer einer GmbH untersagt, seine Organstellung durch Generalvollmacht auf einen Dritten zu übertragen¹⁴¹.

¹³⁹ Vgl. Haegele/Winkler, Rn. 468; Motive V, 219; KG OLGE 9, 408; OLG Hamburg OLGE 10, 303.

¹⁴⁰ Vgl. Breslauer, in: DNotZ 30, 406.

¹⁴¹ Vgl. BGH NJW 1977, 199.

Die Vergleichbarkeit zur Übertragung durch die Testamentsvollstrecker ergibt sich daraus, daß in beiden Fällen das besondere gerade in die Person der Testamentsvollstrecker beziehungsweise des GmbH-Geschäftsführers gesetzte Vertrauen bei kompletter Weitergabe seiner Befugnisse ja nicht mehr bestehen kann.

Schließlich könnten durch die Generalbevollmächtigung eines Dritten auch die Rechte der Erben in unzulässigerweise beeinträchtigt sein, denn ein direktes gesetzliches Schuldverhältnis besteht nur zwischen ihnen und den Testamentsvollstreckern, hingegen nicht gegenüber dem bevollmächtigten Dritten. Handelt dieser aber für den Nachlaß mit nahezu unbegrenzter Rechtsmacht reduziert das die unmittelbaren Einfluß- und Kontrollmöglichkeiten der Erben möglicherweise erheblich.

(bb) Gegenansicht

Für die grundsätzliche Zulässigkeit der Generalvollmachterteilung durch die Testamentsvollstrecker an Dritte spricht hingegen die teleologische und historische Auslegung des § 2199.

Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers¹⁴² soll nämlich durch die Regelung des § 2199 keine Beschränkung, sondern eine Erweiterung der Befugnisse des Erblassers erreicht werden, was durch die bewußt in Kauf genommene Abweichung vom Grundsatz, daß der Inhalt einer Verfügung von Todes wegen nicht der Bestimmung durch einen Dritten - hier dem Testamentsvollstrecker - überlassen werden darf¹⁴³, untermauert wird. Die Grenze der Gestaltungsmacht wird deshalb erst bei Verstoß gegen § 2220 gezogen, weshalb aus der Regelung des § 2199 keine entscheidenden Erkenntnisse betreffend der Zulässigkeit der Erteilung einer Generalvollmacht durch die Mitvollstrecker zu gewinnen sind.

Des weiteren kann die von der Gegenansicht angeführte Parallelproblematik im Gesellschaftsrecht auch zugunsten der Zulässigkeit einer Generalvollmachterteilung instrumentalisiert werden¹⁴⁴. Denn in der neueren gesellschaftsrechtlichen Literatur¹⁴⁵ wird die Ansicht vertreten, daß die von einem GmbH-Geschäftsführer erteilte Generalvollmacht zulässig sei, soweit sie die Vertretungsmacht des Geschäftsführers nicht verdränge und

¹⁴² Vgl. Motive V, 219.

¹⁴³ Vgl. oben S. 38.

¹⁴⁴ Vgl. Lange/Kuchinke, § 31 VII 1; Bengel/Reimann/Klump, Kap. VI Rn. 23.

¹⁴⁵ Vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner, § 35 Rn. 36a; Scholz/ Schneider, § 35 Rn. 17 ff.

widerruflich ausgestaltet sei. Diese Kriterien sollten demnach auch auf die vergleichbare Konstellation der Generalvollmachtserteilung durch die Testamentsvollstrecker übertragen werden.

Insbesondere mithilfe dieses einschränkenden Kriteriums der Widerruflichkeit kann auch wirkungsvoll dem Vorwurf begegnet werden, die Erteilung einer Generalvollmacht bedeute die nach §§ 2218, 664 verbotene Vollübertragung der Amtsführung. Durch die jederzeit mögliche Widerrufbarkeit bleiben die vollmachtserteilenden Testamentsvollstrecker nämlich „Herr des Verfahrens“¹⁴⁶, was die fortbestehende persönliche Amtsführung im Sinne des § 664 durch die Mitvollstrecker gewährleistet. Aber auch während der Geltungsdauer der Generalvollmacht wird die Rechtsmacht der Mitvollstrecker durch sie keineswegs verdrängt, da die Vollstrecker neben dem Bevollmächtigten weiterhin uneingeschränkt persönlich und aus eigenem Recht für den Nachlaß tätig werden können. Eine nach § 664 unzulässige Übertragung der gesamten mit ihrem Amt als Testamentsvollstrecker bestehenden Aufgaben liegt deshalb nicht vor.

Gegen die vorgebrachte Gefahr einer unzulässigen Beeinträchtigung der Rechte der Erben ist schließlich anzumerken, daß die Vollstrecker infolge § 164 Abs. 1 S. 1 rechtlich im Außenverhältnis gegenüber den Erben für die Handlungen des Generalbevollmächtigten voll umfänglich einzustehen haben, weshalb die Erben unabhängig davon ihre gesetzlichen Ansprüche gegenüber den Testamentsvollstreckern geltend machen können, die sich wiederum gegebenenfalls die notwendigen Informationen vom Bevollmächtigten beschaffen müssen, was aber lediglich in deren Innenverhältnis Auswirkungen haben kann.

Erweist sich indes die Erteilung der Generalvollmacht aufgrund der Eigenart des Nachlasses oder der Ungeeignetheit der ausgewählten Person als Gefährdung für die Interessen des Nachlasses, bleibt den Erben die Möglichkeit, nach § 2227 beim Nachlaßgericht Antrag auf Entlassung der Testamentsvollstrecker wegen Pflichtwidrigkeit zu stellen, mit der Folge, daß bei Bejahung durch den Nachlaßrichter sie selbst oder gegebenenfalls die neu bestellten Testamentsvollstrecker die Generalvollmacht widerrufen können. Mithin ist die Rechtsstellung der Erben auch bei Einschaltung eines Dritten als Generalbevollmächtigten nicht als in unzulässigerweise beschnitten anzusehen.

¹⁴⁶ Bengel/Reimann/Klupp, Kap. VI Rn. 26.

(cc) Stellungnahme

Die zur Bejahung der grundsätzlichen Zulässigkeit einer Generalvollmachterteilung kommende Ansicht ist vorzugswürdig.

Mithilfe des einschränkenden Kriteriums der Widerruflichkeit gelingt es ihr, die entscheidenden Argumente der Gegenansicht zu entkräften. Die Rechtsmacht der Mitvollstrecker wird nämlich durch die Erteilung einer widerruflichen Generalvollmacht keineswegs verdrängt, denn durch sie kann keine der Rechtsstellung der Testamentsvollstrecker gleichwertige Position eingeräumt werden. Die Testamentsvollstrecker bleiben vielmehr die einzigen, die im **eigenen** Namen mit unmittelbarer Wirkung für und gegen den Nachlaß rechtswirksam handeln können. Der Generalbevollmächtigte besitzt hingegen allein die Rechtsmacht, in **fremdem** Namen – der ihn bevollmächtigenden Testamentsvollstrecker – zu agieren, mit der Folge, daß seine Rechtsgeschäfte zunächst auch nur unmittelbar für und gegen die Vertretenen, wiederum die Mitvollstrecker, gemäß § 164 Abs. 1 S. 1 wirken. Von einer unzulässigen Vollübertragung der Amtsführung kann deshalb bei einer widerruflich erteilten Generalvollmacht nicht die Rede sein.

Allerdings kann der Herleitung aus der gesellschaftsrechtlichen Fallgestaltung bereits aufgrund der gegensätzlichen Folgerungsmöglichkeiten durch die hierzu vertretenen Ansichten nicht zugestimmt werden. Vielmehr ist die entsprechende Konstellation beim GmbH-Geschäftsführer mit der der Testamentsvollstrecker gerade nicht vergleichbar.¹⁴⁷ Denn während bei der GmbH der Geschäftsführer die Gesellschafter vertritt, die ihrerseits aktiv Einfluß bis hin zur Abberufung des Geschäftsführers ausüben können, und seine Bestellung zumeist nicht in erster Linie auf persönlichem Vertrauen, sondern wirtschaftlicher Kompetenz und unternehmenspolitischen Erwägungen beruht, setzt die Berufung der Testamentsvollstrecker ein ganz besonderes persönliches Vertrauensverhältnis voraus, da der Erblasser auf deren Amtsführung, die mit seinem Tod einsetzt, gerade keine aktive Einwirkungsmöglichkeit mehr besitzt.

¹⁴⁷ Vgl. ausführlich hierzu: Breslauer, in: DNotZ 30, 404 ff.

(b) Erteilung an einen Mitvollstrecker

Folgerichtig stellt sich die Frage, ob die Testamentsvollstrecker – wenn sie grundsätzlich zulässigerweise Generalvollmacht erteilen dürfen - nicht nur einen Dritten sondern auch einen aus ihren Reihen entsprechend bevollmächtigen können.

Die praktische Notwendigkeit hierzu kann sich beispielsweise wie in einem vom Kammergericht entschiedenen Sachverhalt¹⁴⁸ ergeben, wenn einer der Vollstrecker öfter und jeweils über längere Zeiträume geschäftlich verreisen muß und deshalb an der laufenden Verwaltung des Nachlasses gehindert ist, gleichwohl aber seine Mitvollstreckereigenschaft nach dem Willen des Erblassers grundsätzlich nicht verzichtbar ist.

Hier ergibt sich dann ein besonderes Spannungsfeld mit § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 1, denn bei tatsächlich ständig ausgeübter Generalvollmacht droht der Grundsatz der gemeinschaftlichen Verwaltung durch alle Mitvollstrecker ausgehöhlt zu werden.¹⁴⁹ Dies wäre auch der Fall, wenn infolge der Vollmachterteilung der bevollmächtigte Mitvollstrecker fortan allein die Aufgaben des bevollmächtigenden Mitvollstreckers miterledigen soll. Indes hat im Regelfall die Erteilung den Zweck den Nachlaß handlungsfähig zu belassen, insbesondere ohne die Geschäftsführung bei jeder Verhinderung durch die notwendige Erteilung einer Spezialvollmacht zu erschweren, so daß seine Pflicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung ihn sogar zur entsprechenden Vorsorge für die zu erwartenden Verhinderungsfälle anhält. Solange die Befugnisse des erteilenden Mitvollstreckers vollumfänglich erhalten bleiben und die Möglichkeit jederzeitigen persönlichen Eingreifens durch ihn nicht mehr nur allein theoretisch weiterbesteht, ist deshalb die gemeinschaftliche Verwaltung im Sinne des § 2224 Abs. 1 S.1 Hs. 1 gewährleistet. Da im übrigen die Generalvollmachterteilung an einen Mitvollstrecker sich im Hinblick auf die rechtlichen Bedenken nicht von einer solchen an einen Dritten unterscheidet, ist sie unter den gleichen Einschränkungen als zulässig anzusehen.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Vgl. KG JFG 7, 280.

¹⁴⁹ Vgl. Herzfelder, in: JW 1930, 1075.

¹⁵⁰ Vgl. KG JFG 7, 283.

(c) Ergebnis

Im Ergebnis gilt es als notwendige Schranken für die grundsätzliche Bejahung der Zulässigkeit der Erteilung einer Generalvollmacht durch die Testamentsvollstrecker an einen Dritten oder einen Mitvollstrecker festzuhalten, daß sie widerruflich ausgestaltet ist und ihr kein Verbot des Erblassers entgegensteht.¹⁵¹

cc) Bezüglich verfahrensrechtlicher Maßnahmen

Die gemeinschaftliche Amtsführung erfordert insbesondere auch ein Zusammenwirken aller Mitvollstrecker bei notwendigen verfahrensrechtlichen Maßnahmen.

(1) Grundsatz

So müssen etwa die Anträge auf Grundbuchberichtigung, Eröffnung des Nachlaßinsolvenzverfahrens, Aufhebung einer Verwaltungsanordnung im Sinne des § 2216 Abs. 2 S. 2 beziehungsweise Beschwerde gegen die Abweisung dieses Antrags¹⁵² gemeinsam gestellt beziehungsweise eingelegt werden.

Einzig Hense¹⁵³ läßt bei Anhörung der Mitvollstrecker grundsätzlich Antragsstellung durch einen Testamentsvollstrecker allein mit dem Argument genügen, daß ansonsten die Verwaltungstätigkeit der Vollstrecker unnötig erschwert würde. Dem ist entgegenzusetzen, daß allein der Verzicht auf die formale Mitantragsstellung bei gleichzeitig erforderlicher Anhörung in der Regel keine solche echte Entlastung darstellt, die eine Abweichung von der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung rechtfertigen kann.¹⁵⁴

¹⁵¹ Vgl. u.a. Erman/Schmidt, § 2218 Rn. 2; Münchener Kommentar/Brandner, § 2218 Rn. 6; Palandt/Edenhofer, § 2218 Rn. 2; Staudinger/Reimann, § 2218 Rn. 13.

¹⁵² Für ein selbständiges Antrags- und Beschwerderecht nach § 2216 Abs. 2 S. 2 ohne nähere Begründung Erman/Schmidt, § 2224 Rn. 2; ebenso Jansen, § 82 Rn. 3, der den Mitvollstrecker als „anderen Beteiligten“ im Sinne des § 2216 Abs. 2 S. 2 sieht.

¹⁵³ Vgl. Erman⁷/Hense, § 2224 Rn. 2.

¹⁵⁴ Vgl. OLG München JFG 20, 121.

(2) Ausnahmen

Eine denknotwendige Ausnahme bildet der Antrag auf nachlaßgerichtliche Streitentscheidung nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, dessen Erforderlichkeit zwar nicht gesetzlich geregelt ist, die sich aber zwingend daraus ergibt, daß mangels eines nachlaßgerichtlichen Aufsichtsrechts über die Testamentsvollstrecker ein Einschreiten von Amts wegen ausscheidet.¹⁵⁵ Ohne diese Ausnahme könnte ja ansonsten ein einzelner Mitvollstrecker durch Verweigerung der Antragsstellung eine Entscheidung des Nachlaßgerichts verhindern.¹⁵⁶

Darüber hinaus stellt die ergänzende Verfahrensregelung des § 82 Abs. 1 FGG dies auch für das Beschwerderecht eines Mitvollstreckers gegen eine ergangene Verfügung des Nachlaßgerichts ausdrücklich klar. Dieses selbständige Beschwerderecht gilt für beide Beschwerdeinstanzen.¹⁵⁷ Ebenso steht nach § 82 FGG das Beschwerderecht gegen eine Verfügung, die eine Erblasseranordnung im Sinne des § 2216 Abs. 2 S. 1 außer Kraft setzt, jedem Vollstrecker zu.

b) Ausnahme der notwendigen Maßnahmen

Eine wichtige Durchbrechung des gesetzlichen Regelfalls der Gesamtvertretung bei der Amtsführung durch mehrere Testamentsvollstrecker enthält die nach § 2224 Abs. 2 jedem Mitvollstrecker zustehende Befugnis, notwendige Erhaltungsmaßnahmen bezüglich der der Testamentsvollstreckung unterstehenden Nachlaßgegenstände alleine vornehmen zu dürfen. Diese Regelung ist den entsprechenden Notverwaltungsrechten der Gemeinschaft nach § 744 Abs. 2 Hs. 1¹⁵⁸ und der Erbengemeinschaft nach § 2038 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 nachgebildet, was angesichts der aufgezeigten Parallelen bei der gemeinschaftlichen Verwaltung nur folgerichtig erscheint. Denn es kann auch im Rahmen der Testamentsvollstreckung weder den Interessen der Erben noch dem Erblasserwillen entsprechen, daß ein Gegenstand aus

¹⁵⁵ Vgl. KG OLGE 14, 302.

¹⁵⁶ Siehe ausführlich hierzu S. 90 ff.

¹⁵⁷ Vgl. Keidel/Winkler, § 82 Rn. 5.

¹⁵⁸ Vgl. Protokolle der Kommission, in: Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch, IV : „Die Vorschrift des Abs. 2 lehnt sich an diejenige des § 744 Abs. 2 an.“.

dem Nachlaß Schaden erleidet, nur weil eine gemeinschaftliche Entscheidung aller Mitvollstrecker aus welchen Gründen auch immer nicht mehr rechtzeitig einzuholen ist.

aa) Voraussetzungen

Als erstes gilt es die gesetzlichen Anforderungen an das Vorliegen einer notwendigen Maßregel im Sinne des § 2224 Abs. 2 S. 1 klarzustellen.

(1) Vorliegen einer Erhaltungsmaßnahme

Der in Frage stehenden Maßnahme muß zunächst im Hinblick auf den verwalteten Nachlaß erhaltender Charakter zukommen.

(a) Begriffsklärung

Unter Erhaltungsmaßnahmen sind hier begrifflich all solche Maßnahmen zu verstehen, die die Substanz oder die Nutzungsmöglichkeit des gemeinschaftlich verwalteten Gegenstandes bewahren beziehungsweise bei einem Recht seiner Geltendmachung dienen.¹⁵⁹ In diesem Sinn kommen folglich einerseits Maßnahmen tatsächlicher Art, wie etwa die Durchführung von Reparaturen, andererseits aber auch rechtliche Maßnahmen in Betracht.

(b) Hinsichtlich Nachlaßforderungen

In letzterem Bereich hat in erster Linie das Geltendmachen von Nachlaßforderungen durch den einzelnen Vollstrecker höchstrichterliche Bestätigung erfahren.¹⁶⁰

Fraglich ist allerdings, ob auch umgekehrt die Abwehr von Forderungen, die gegen den Nachlaß gerichtet sind, das Einzelverwaltungsrecht auslöst. Dies hatte das OLG Saarbrücken für den Fall der Einlegung eines Rechtsmittels gegen einen vollstreckbaren Titel, hier die Kostenrechnung eines Notars, durch einen Mitvollstrecker zu entscheiden.¹⁶¹

¹⁵⁹ Vgl. Münchener Kommentar/Schmidt K., §§ 744, 745 Rn. 31.

¹⁶⁰ Vgl. RGZ 98, 173; RG DJZ 1902, 359; RG Recht 1930 Nr. 1266.

¹⁶¹ Vgl. OLG Saarbrücken, NJW 1967, 1137.

(aa) Ansicht des OLG Saarbrücken

Nach Ansicht des Oberlandesgerichts steht hier ebenso eine Schmälerung des Nachlasses auf dem Spiel, so daß gerade auch im Hinblick auf den Erblasserwillen und die Interessen der Erben die Anwendbarkeit des § 2224 Abs. 2 geboten erscheine. Ob die abzuwehrende Forderung sich direkt auf einen bestimmten Nachlaßgegenstand beziehe oder wie vorliegend eine Geldforderung sei, könne dabei schon deshalb keine Rolle spielen, da jedenfalls der Nachlaß seinem Wert nach betroffen sei, was für die Anwendbarkeit der entsprechenden Regelung des § 744 bereits durch Richterspruch bejaht worden ist¹⁶². Dem widersprechenden Wortlautargument, daß in § 2224 Abs. 2 ausdrücklich die Rede von der Erhaltung eines Nachlaßgegenstandes ist, während sich das Einzelverwaltungsrecht des § 2038 auf den Nachlaß in seiner Gesamtheit bezieht, sei schließlich entgegenzusetzen, daß durch erstere Formulierung lediglich dem Umstand Rechnung getragen werde, daß die Anordnung der Testamentsvollstreckung auch auf einzelne Nachlaßgegenstände beschränkt werden könne, weshalb sich die Rechte der Testamentsvollstrecker – wie etwa dasjenige aus § 2224 Abs. 2 – auch denknotwendig nur auf die ihrer Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände beziehen können.

(bb) Stellungnahme

Diese obergerichtliche Entscheidung ist aus Wertungsgesichtspunkten und systematischen Erwägungen zu begrüßen.

Denn wertend kann und darf es in der Tat keinen Unterschied machen, ob der verwaltete Nachlaß durch Geltendmachung einer oder Verteidigung gegen eine Forderung und diese wiederum gegen einen Gegenstand oder in Geld erhalten werden soll, vielmehr geht sogar mit die größte wertmäßige Bedrohung des Nachlasses durch Geldforderungen gegen diesen aus. Dem Schutz des Nachlasses kommt deshalb Vorrang vor dem in diesen Fällen widersinnig erscheinenden Beharren auf dem Grundsatz der Gesamtvertretung zu.

Aber auch systematisch ermöglicht dies eine übereinstimmende Auslegung der genannten Einzelverwaltungsrechte, was wiederum der Rechtssicherheit und Rechtsvereinfachung dienlich ist.

¹⁶² Vgl. KG OLGE 45, 257.

(c) Ergebnis

Festzuhalten bleibt somit, daß der Begriff der Erhaltung sich auch im Rahmen des § 2224 Abs. 2 insbesondere auf den Wert des jeweiligen unter Verwaltung stehenden Nachlaßgegenstandes bezieht. Deshalb werden Maßnahmen zur Werterhaltung, Ertragsförderung oder Schadensabwendung in der Regel erhaltende Maßnahmen in diesem Sinne sein.

(2) Notwendigkeit der Durchführung

Darüber hinaus muß für das Eingreifen des Einzelverwaltungsrechts die vorliegende Erhaltungsmaßnahme nach § 2224 Abs. 2 auch notwendig sein.

(a) Begriffsklärung

Darunter ist grundsätzlich zu verstehen, daß ein Nachlaßwert bei Unterlassen der Maßnahme Schaden zu nehmen droht. Hier ist ein objektiver Maßstab anzulegen. Maßgeblich ist folglich die Sicht eines durchschnittlich vernünftig und wirtschaftlich denkenden Dritten zum Zeitpunkt der Vornahme der Erhaltungsmaßnahme.¹⁶³ Mithin ist die Erforderlichkeit aus der Sicht des Mitvollstreckers gerade nicht ausreichend.

Ein wichtiges Indiz für die Notwendigkeit ist die Dringlichkeit beziehungsweise Unaufschiebbarkeit der Maßnahme. In Abgrenzung dazu ist die objektive Nützlichkeit von Maßnahmen, sogar bei mit ihr verbundener Wertsteigerung des Nachlaßgegenstandes, ungenügend. Im Verhältnis zum Begriff der Ordnungsmäßigkeit nach § 2216 Abs. 1 stellen notwendige Maßnahmen nach § 2224 Abs. 2 einen Unterfall dar, das heißt eine notwendige Maßnahme muß immer zugleich eine ordnungsmäßige sein, aber nicht umgekehrt.¹⁶⁴

¹⁶³ Vgl. Münchener Kommentar/Dütz, § 2038 Rn. 56.

¹⁶⁴ Vgl. BGHZ 6, 76 (81) für die notwendigen Maßnahmen nach § 2038.

(b) Besonderheiten bei rechtlichen Maßnahmen

Als problematischer Anwendungsfall, der Rechtsstreitigkeiten bis zur höchsten Instanz hervorgerufen hat, haben sich vor allem die Maßnahmen rechtlicher Art erwiesen.

Denn so erfüllt beispielsweise die Klage gegen einen Nachlaßschuldner, zwar wie gesehen¹⁶⁵ die aufgestellten Anforderungen an eine Erhaltungsmaßnahme. Im Einzelfall umstritten ist aber, ob die Klageerhebung durch einen einzelnen Mitvollstrecker tatsächlich notwendig im Sinne des § 2224 Abs. 2 ist. Dies verdeutlicht auch die uneinheitliche Linie der Rechtsprechung des Reichsgerichts in Bezug auf vorliegende Rechtsfrage.

Während sein IV. Zivilsenat in einer Entscheidung¹⁶⁶ feststellt, daß die Klage gegen einen Nachlaßschuldner immer eine notwendige Maßnahme in vorliegendem Sinn sei, schränkt der VI. Zivilsenat in einer anderen Entscheidung¹⁶⁷ diesen Grundsatz dahingehend ein, daß dies zwar der Regelfall sei, aber Einzelfallgestaltungen nicht auszuschließen seien, in denen die Notwendigkeit verneint werden müsse. In einer weiteren Entscheidung aus dem Jahr 1930¹⁶⁸ heißt es schließlich nur noch vage, daß das Einklagen einer Nachlaßforderung entsprechend der vorausgehenden Rechtsprechung eine notwendige Maßnahme sein könne.

Als Beispiel für einen denkbaren Einzelfall, der kein Notverwaltungsrecht auslöst, führen Kipp/Coing¹⁶⁹ in diesem Zusammenhang die Klage gegen einen Nachlaßschuldner an, der notorisch insolvent ist.

Bezüglich dieser Konstellation ist tatsächlich einzuräumen, daß durch das Ergreifen rechtlicher Maßnahmen, der Nachlaß nur weiteren finanziellen Schaden zu nehmen droht, da die Erfolgsaussichten objektiv bereits ex-ante zu gering sind. Nach den hier aufgestellten Kriterien ist somit das Vorliegen der nach § 2224 Abs. 2 erforderlichen Notwendigkeit zu verneinen und folglich auch das Einzelverwaltungsrecht zu versagen. Indes darf die Fülle denkbarer Einzelfallgestaltungen nicht zu einer Umkehrung des aus der Entwicklung der Rechtsprechung zu entnehmenden Regel-Ausnahme-Verhältnisses führen, so daß im Grundsatz die klageweise Geltendmachung entsprechender Ansprüche durch den Vollstrecker von § 2224 Abs. 2 gedeckt sein muß. Denn andernfalls droht eine

¹⁶⁵ Vgl. S. 65 f.

¹⁶⁶ Vgl. RG DJZ 1902, 359.

¹⁶⁷ Vgl. RGZ 98, 175.

¹⁶⁸ Vgl. RG Recht 1930 Nr. 1266.

¹⁶⁹ Vgl. Kipp/Coing § 74 I 3 Fußnote 10.

Einzelfallkasuistik, die aufgrund der mit ihr verbundenen Rechtsunsicherheit weder dem Rechtsverkehr noch dem Gesetzeszweck des § 2224 Abs. 2, der Sicherung des Nachlasses in seiner Substanz, förderlich wäre.

(c) Notverwaltungsrecht bei Gefahr im Verzug?

Zu beachten ist weiterhin, daß selbst bei Gefahr im Verzug Maßnahmen, die nicht der Erhaltung des Nachlasses dienen, von einem Vollstrecker allein nicht aufgrund der durch § 2224 Abs. 2 verliehenen Befugnis vorgenommen werden dürfen. Die Aufnahme einer entsprechenden Regelung, wie etwa in § 115 Abs. 2 HGB für die Geschäftsführung bei der OHG oder in § 1454 für das Verwaltungsrecht durch einen Ehegatten im ehelichen Güterrecht geschehen, wurde im Rahmen der Entwurfsberatung zum Bürgerlichen Gesetzbuch zwar beantragt, aber bewußt in Befürchtung einer zu weiten Ausdehnung des Einzelverwaltungsrechts abgelehnt.¹⁷⁰ Umgekehrt hat dies zur Folge, daß der Mitvollstrecker trotz Gefahr im Verzug zur Tätigkeit nur insofern verpflichtet ist, als er die anderen Vollstrecker - soweit überhaupt so schnell möglich – lediglich zu benachrichtigen hat.¹⁷¹

(d) Unaufschiebbarkeitskriterium

Fraglich ist des weiteren, ob nur solche Maßnahmen unter den Begriff der Notwendigkeit im Sinne des § 2224 Abs. 2 fallen, die so dringend sind, daß sie nicht aufgeschoben werden können bis die Zustimmung der anderen Mitvollstrecker eingeholt ist.

(aa) BGH-Entscheidung zur Miterbengemeinschaft

Für das entsprechende Notverwaltungsrecht im Rahmen der Erbengemeinschaft nach § 2038 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 hat der BGH in einer grundlegenden Entscheidung¹⁷² eine differenzierende Wertung vorgenommen.

¹⁷⁰ Vgl. Protokolle V, 256 f.

¹⁷¹ Vgl. Planck/Flad, § 2224 Anm. 10.

¹⁷² Vgl. BGHZ 6, 76 (82).

Danach würde eine Beschränkung allein auf unaufschiebbare Maßnahmen die Verwaltung des Nachlasses in zu vielen Fällen unnötigerweise erschweren. Auf der anderen Seite stelle das Einzelverwaltungsrecht als Durchbrechung des Prinzips der Gemeinschaftlichkeit eine Beschneidung der Rechte der anderen Miterben dar. Deshalb wird jedenfalls bei besonderen Maßnahmen, wie solchen, die mit erheblichen Verpflichtungen für den Nachlaß verbunden sind, vorgeschlagen, das Notverwaltungsrecht nur zu gewähren, wenn die Zustimmung der übrigen Miterben nicht ohne Risiko abgewartet werden könne. Umgekehrt solle bei weniger einschneidenden Maßnahmen die Vornahme, auch wenn sie sich nicht als unaufschiebbar darstellt, durch den einzelnen Miterben gestattet sein.

(bb) Übertragbarkeit

Hier stellt sich nun die Frage der Übertragbarkeit auf die entsprechende Konstellation für die Verwaltung des Nachlasses durch mehrere Testamentsvollstrecker. Die wertenden Gesichtspunkte treffen jedenfalls aufgrund desselben Gesetzeszwecks, nämlich der Erhaltung und damit Sicherung des Nachlasses, ganz entsprechend zu.

(aaa) Systematische Erwägungen

Unterschiede könnten sich lediglich im Hinblick auf die Gesetzessystematik ergeben, da § 2038 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Notverwaltungsrecht die Mitwirkungspflicht der Miterben zu Maßnahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung aufstellt, deren Normierung bei § 2224 gerade unterblieben ist. Die Bedeutung dieser unterschiedlichen Regelung sollte allerdings nicht überbewertet werden, da selbst nach Meinung des BGH¹⁷³ die Verknüpfung der beiden Halbsätze des 2038 Abs. 1 S. 2 sich darauf beschränke, daß notwendige Maßnahmen nur solche sein können, die auch der ordnungsgemäßen Verwaltung entsprechen, ansonsten aber Hs. 2 eine „neue selbständige Bestimmung“ enthalte. Deshalb kann dieser gesetzessystematische Unterschied nicht gegen die Übertragung der Wertung des BGH sprechen.

Gesetzessystematisch auffallend ist aber auch, daß ein Anspruch auf Erteilung der Einwilligung zu notwendigen Erhaltungsmaßnahmen in § 2224 Abs. 2 entsprechend der

¹⁷³ Vgl. BGHZ 6, 82.

Regelung in § 744 Abs. 2 Hs. 2 fehlt, obwohl ein Antrag auf Normierung im Rahmen der Beratung der Entwürfe zum BGB¹⁷⁴ gestellt, aber abgelehnt wurde. Der Zweck dieses Anspruchs beschränkt sich allerdings darauf, daß der Handelnde gegen ein nachträgliches Bestreiten der Notwendigkeit der Maßnahme durch die anderen Gesellschafter geschützt werden soll und damit problemlos Kostenersatz nach § 748 verlangen kann.¹⁷⁵ Im Hinblick auf das diskutierte Kriterium der Unaufschiebbarkeit lassen sich deshalb auch aus diesem gesetzessystematischen Unterschied in der Ausgestaltung des jeweils gewährten Notverwaltungsrechts keine entscheidenden Hinweise gewinnen.

(bbb) Wertungsebene

Die systematische Auslegung der Notverwaltungsrechte läßt somit kein abschließendes Urteil zu, weshalb die vorliegende Frage der Übertragbarkeit der Auslegung für das Notverwaltungsrecht der Miterben wertend gefällt werden muß.

Für die Übertragung spricht, daß, angenommen der Vollstrecker wäre immer zunächst angehalten, die Einwilligung der anderen Mitvollstrecker einzuholen und dürfte ansonsten nur bei Unaufschiebbarkeit allein handeln, das Notverwaltungsrecht des § 2224 Abs. 2 über Gebühr eingeengt würde. Zudem trägt der ohne die Zustimmung aller Vollstrecker Handelnde ohnehin das Risiko, daß sich die von ihm vorgenommenen Maßnahmen später als nicht notwendige Erhaltungsmaßnahmen erweisen. Handelt es sich aber tatsächlich um notwendige Erhaltungsmaßnahmen im hier aufgezeigten Sinn, die begrifflich wie gesehen immer zugleich ordnungsgemäße Maßnahmen darstellen, sind die Vollstrecker nach § 2216 Abs. 1 ja sogar zu ihrer Vornahme verpflichtet. Würde dann der mit der Berechtigung nach § 2224 Abs. 2 ausgestattete Testamentsvollstrecker nur bei Unaufschiebbarkeit handeln können, käme dies einer Aushöhlung des Notverwaltungsrechts entgegen den aus § 2216 Abs. 1 und § 2224 Abs. 2 entnehmbaren Wertungen gleich.

Entscheidend ist auch der Wortlaut des § 2224 Abs. 2 gegen das Unaufschiebbarkeitskriterium anzuführen. Gibt der Gesetzgeber dem Vollstrecker ausdrücklich das Recht an die Hand „ohne Zustimmung der anderen Testamentsvollstrecker“ notwendige Erhaltungsmaßnahmen zu treffen, so würde über das

¹⁷⁴ Vgl. Protokolle V, 255 Antrag 3.

¹⁷⁵ Vgl. Motive II, 878.

Hineinlesen der Unaufschiebbarkeit mittelbar diese explizite Erleichterung für einen Großteil der fraglichen Maßnahmen wieder ausgehebelt werden, was der im Gesetzeswortlaut Niederschlag gefundenen Intention des Gesetzgebers nicht entsprechen kann. Das im Raum stehende Spannungsverhältnis mit dem Kollegialprinzip des § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 kann dann dahingehend aufgelöst werden, daß für den Fall einer bevorstehenden so einschneidenden Erhaltungsmaßnahme, die den Nachlaß in seiner Gesamtheit grundlegend betreffen würde, sich bei Aufschiebbarkeit der Maßnahme zumindest eine Benachrichtigungspflicht an die Mitvollstrecker ergibt, die dann als Ausnahmefall auch zumutbar und mit der grundsätzlichen Wertung des § 2224 Abs. 2 vereinbar erscheint.

(cc) Ergebnis

Gerade die Berücksichtigung der Besonderheiten des Notverwaltungsrechts aus § 2224 Abs. 2 stützt somit die differenzierende Sicht entsprechend der angeführten BGH-Entscheidung im Rahmen der Miterbengemeinschaft.

(3) Gegenstand der Maßnahme

Schließlich muß die notwendige Erhaltungsmaßnahme sich auf einen der gemeinschaftlichen Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstand beziehen. Dadurch wird dem Notverwaltungsrecht eine Schranke, einerseits für die vollstreckungsfreien Nachlaßteile, etwa bei Erbteilstvollstreckung, andererseits für die kraft Erblasseranordnung ausdrücklich der Verwaltung eines einzelnen Mitvollstreckers zugewiesenen Gegenstände, gezogen.

(4) Ergebnis

Als Ausnahmeregelung zur vom Gesetzgeber bewußt gewählten grundsätzlichen Gesamtvertretung bei Verwaltung des Nachlasses durch mehrere Testamentsvollstrecker ist § 2224 Abs. 2 im Zweifel jedenfalls eher restriktiv auszulegen. Eine Rückausnahme ist

dabei für die Einlegung von Rechtsmitteln zuzugestehen, da in diesem Bereich im Einzelfall sowohl die tatsächliche Notwendigkeit als auch die Erfolgsaussichten ex-ante in der Regel nur schwer zu überschauen sind. Als einschränkendes Kriterium im Sinne des „notwendigen“ Charakters bietet es sich deshalb an zu verlangen, daß die Beschreitung des Rechtswegs nicht mutwillig oder völlig aussichtslos erscheint.¹⁷⁶

bb) Rechtsfolge

Hinsichtlich der Rechtsfolge ist zu differenzieren, ob die dargelegten Voraussetzungen an eine Maßnahme im Sinne des § 2224 Abs. 2 im konkreten Einzelfall tatsächlich vorliegen oder nicht.

(1) Bei Vorliegen einer notwendigen Erhaltungsmaßnahme

Liegt eine notwendige Erhaltungsmaßnahme in diesem Sinn vor und trifft diese ein Mitvollstrecker ohne die Zustimmung der anderen, stellt sich die Frage ihrer Wirksamkeit im Außenverhältnis.

Die getroffene Maßregel könnte unmittelbar wirksam sein, wenn die durch § 2224 Abs. 2 gewährte Berechtigung gesetzliche Vertretungsmacht verleiht.

Gegen die Annahme einer solchen gesetzlichen Vertretungsmacht kann angeführt werden, daß der Wortlaut lediglich von der Zustimmung der Mitvollstrecker befreit und er keine ausdrückliche Aussage über die Wirksamkeit im Außenverhältnis enthält. Zudem ist es im Vergleich mit anderen Fällen gesetzlicher Vertretungsmacht, wie etwa bei Eltern oder Vormund, untypisch das Vorliegen der Voraussetzungen der Einschätzung des gesetzlichen Vertreters zu überlassen, vielmehr beruht dies dort auf einem eindeutigen genetischen Sachverhalt oder der Bestellung durch ein behördliches Verfahren. So kann auch gleichermaßen der Interessenschutz des Vertretenen wie die Sicherheit im Rechtsverkehr gewahrt werden¹⁷⁷, was aufgrund des mit einer gesetzlichen Vertretungsmacht einhergehenden Handlungsspielraums durchaus notwendig ist. Anstelle der Gewährung

¹⁷⁶ Vgl. KG OLGE 45, 258.

¹⁷⁷ Vgl. OLG Neustadt MDR 1962, 574 entsprechend für § 2038 Abs. 1 S. 2 Hs. 2.

einer solch umfassenden Vertretungsmacht wird deshalb auch die Ansicht vertreten¹⁷⁸, § 2224 Abs. 2 fingiere lediglich die Zustimmung der Mitvollstrecker als im Voraus erteilt.

Dem ist entgegenzuhalten, daß § 2224 Abs. 2 bewußt keine Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften beziehungsweise Innen- und Außenverhältnis trifft, sondern eben nur von Maßregeln spricht. Da systematisch § 2224 Abs. 2 eine Ausnahmeregelung zum grundsätzlichen Prinzip der Gesamtvertretung nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 darstellt, macht sie auch nur dann Sinn, wenn sie sich spiegelbildlich zu letzterer Regelung auf Innen- und Außenverhältnis bezieht. Gerade der Gesetzeszweck, der Schutz des Nachlasses, gebietet es zudem, das Notverwaltungsrecht nicht durch begriffliche Differenzierungen zu entkräften. Um Unsicherheiten im Rechtsverkehr und schuldrechtlich unklare Sachverhalte zu vermeiden, bietet deshalb die Annahme einer gesetzlichen Vertretungsmacht im Einklang mit Wortlaut, Zweck und Gesetzssystematik die beste Handhabe.

Da eine notwendige Erhaltungsmaßnahme wie erläutert stets zugleich eine ordnungsgemäße Verwaltungsmaßnahme darstellt, ergibt sich aus § 2216 Abs. 1 sogar die Verpflichtung des Vollstreckers zur Vornahme.¹⁷⁹

(2) Bei Nichtvorliegen einer notwendigen Erhaltungsmaßnahme

Liegen deren Voraussetzungen allerdings nicht vor, handelt er auf eigenes Risiko, sofern nicht die anderen Mitvollstrecker die vorgenommene Maßnahme nachträglich nach §§ 177 ff., 185 genehmigen. Es bleibt ihm dann noch die Möglichkeit, Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag nach § 683 f. geltend zu machen, in deren Rahmen objektive Nützlichkeit zum Ersatz von Aufwendungen grundsätzlich ausreicht. Insbesondere ist die Herausgabe der Bereicherung nach § 684 zumindest in den Fällen anwendbar, wenn der Mitvollstrecker überzeugt war und auch sein durfte, sich noch im Rahmen seines Notverwaltungsrechts gemäß § 2224 Abs. 2 zu bewegen. Dem Einwand aufgedrängter

¹⁷⁸ Vgl. RGRK/Kregel, § 2038 Rn. 5.

¹⁷⁹ Vgl. Münchener Kommentar/Dütz, § 2038 Rn. 55; Presser, in: JW 1933, 145; Dernburg, S. 385.

Bereicherung ist mit dem Nachweis der Werterhöhung des Nachlaßgegenstandes durch die Maßnahme zu begegnen.¹⁸⁰

(3) Im Streitfall

Im Streitfall ist folgendermaßen zu differenzieren:

Der Streit über die tatsächliche Notwendigkeit einer Maßnahme ist eine Rechtsfrage und keine Meinungsverschiedenheit im Sinne des § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, weshalb das Prozeßgericht anzurufen ist. Wohingegen der Streit um eine versagte Genehmigung bei objektivem Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 2224 Abs. 2 eine Meinungsverschiedenheit im obigem Sinne darstellt und deshalb die Entscheidungszuständigkeit des Nachlaßgerichts mit sich bringt, die dann für den Fall einer Entscheidung zugunsten des allein handelnden Vollstreckers die Genehmigung der anderen Mitvollstrecker ersetzt¹⁸¹.

Der sich auf § 2224 Abs. 2 berufende Vollstrecker setzt sich somit immer einem gewissen Risiko aus.

cc) Unabdingbarkeit

Die Unabdingbarkeit der Regelung des § 2224 Abs. 2 auch durch den Erblasser selbst ergibt sich bereits aus der Gesetzessystematik. Denn die in § 2224 Abs. 1 S. 3 ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit abweichender Anordnungen bezieht sich allein auf die Regelungen in § 2224 Abs. 1 S. 1 und S. 2. Daraus, daß § 2224 Abs. 2 keine entsprechende Möglichkeit enthält, folgt dann als *argumentum e contrario* wiederum, daß das Notverwaltungsrecht nicht dispositiv ist.¹⁸² Gestützt wird dies zudem durch die teleologische Auslegung, da der Zweck der Sicherung der Nachlaßgegenstände so am besten verwirklicht wird.

¹⁸⁰ Vgl. für die Überschreitung des Notverwaltungsrechts durch einen Miterben ausdrücklich BGH NJW 1987, 3001 f.

¹⁸¹ Vgl. RGRK/Kregel, § 2224 Anm. 14; Erman/Schmidt, § 2224 Rn. 8 und ausführlicher zur ersetzenden Wirkung der Entscheidung unten S. 111 f.

¹⁸² Vgl. Planck/Flad, § 2224 Anm. 10.

Selbst eine mittelbare Beschneidung durch eine Aufteilung der Testamentsvollstreckeraufgaben zur selbständigen Erledigung kraft Erblasserordnung scheidet aus, da diese nur im Rahmen des § 2224 Abs. 1 Vorrang genießt, während Abs. 2 sich auf alle zu verwaltenden Nachlaßgegenstände bezieht und zwar unabhängig von irgendwelchen Geschäftsverteilungsplänen, sei es daß sie durch den Erblasser oder die Vollstrecker aufgestellt worden sind.

c) Vornahme ohne erforderliches Einverständnis

Aus der Zusammenschau des Gebots der gemeinschaftlichen Verwaltung als Grundsatz in § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 und der ausdrücklich normierten Ausnahmeregelung für notwendige Erhaltungsmaßnahmen in § 2224 Abs. 2 ergibt sich der abschließende Charakter letzterer. Dann stellt sich allerdings die Frage der rechtlichen Konsequenzen, wenn einer oder mehrere Mitvollstrecker weder gedeckt durch das Notverwaltungsrecht noch durch die Zustimmung der anderen Vollstrecker dennoch rechtsgeschäftlich tätig werden.

Solange die Zustimmung auch nur eines Vollstreckers fehlt, ist das betroffene Rechtsgeschäft zunächst gemäß § 177 schwebend unwirksam.

Den handelnden Vollstreckern bleibt aber die Möglichkeit, sich um die nachträgliche Zustimmung, die Genehmigung, der zunächst außen vor gelassenen Mitvollstrecker zu bemühen. Bei Erteilung hat diese dann die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts und zwar nach § 184 Abs. 1 mit Wirkung ex-tunc zur Folge, so daß sich keine weiteren Unterschiede ergeben, wie wenn alle von Anfang an gemeinschaftlich tätig geworden wären.

Versagen die Mitvollstrecker hingegen die Genehmigung, bleibt nur der Weg zum Nachlaßgericht, um durch dessen Entscheidung nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 noch die Wirksamkeit herbeizuführen.¹⁸³ Gegenstand der Meinungsverschiedenheit im Sinne dieser Vorschrift ist dann die Frage der Nützlichkeit des vorgenommenen Rechtsgeschäfts und die damit verbundene Genehmigungsfähigkeit. Angenommen, das Nachlaßgericht bestätigt Nützlichkeit und Genehmigungsfähigkeit stellt sich dann allerdings das Folgeproblem, ob und wie diese Entscheidung die Genehmigung der anderen Mitvollstrecker ersetzt.¹⁸⁴

¹⁸³ RG JW 1932, 1358.

¹⁸⁴ Vgl. zu diesem Problemkreis S. 109 ff.

Für den umgekehrten Fall der versagten Genehmigung und gegebenenfalls dem zusätzlichen Unterliegen vor dem Nachlaßgericht ist folgendermaßen zu differenzieren. Vorgenommene Verfügungsgeschäfte sind nichtig, entfalten demnach weder Wirkung im Außen- noch im Innenverhältnis. Was Verpflichtungsgeschäfte betrifft, entfalten sie zwar auch für oder gegen die anderen Mitvollstrecker keine unmittelbare Wirkung, es ergibt sich aber aus der entsprechenden Anwendbarkeit des § 179 ein Haftungsproblem zu Lasten der handelnden Vollstrecker, das im eigenen Abschnitt über Haftungsfragen näher zu beleuchten sein wird.¹⁸⁵

d) Zwischenergebnis

Das gesetzliche Leitbild der Verwaltung des Nachlasses durch mehrere Testamentsvollstrecker besteht in der übereinstimmenden Mitwirkung sämtlicher Mitvollstrecker bezüglich der Geschäftsführung sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis. Trotz dieses Grundsatzes ist die Bevollmächtigung Dritter oder von Mitvollstreckern bis hin zur Erteilung widerruflicher Generalvollmachten als zulässig anzusehen. Mit Ausnahme des Antrags auf Entscheidung nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 und den in § 82 FGG genannten Beschwerderechten erstreckt sich das Gemeinschaftlichkeitserfordernis grundsätzlich auch auf verfahrensrechtliche Maßnahmen. Einen gesetzlich geregelten Ausnahmefall, der den Mitvollstreckern Einzelhandlungsbefugnis gewährt, bilden die notwendigen Erhaltungsmaßnahmen nach § 2224 Abs. 2. Diese umfassen grundsätzlich alle Maßnahmen zur Substanzerhaltung des Nachlasses tatsächlicher und rechtlicher Art, einschließlich des Geltendmachens von Forderungen für und die Abwehr von Forderungen gegen den Nachlaß. Die Einschränkung der Notwendigkeit ist jedoch nicht gleichbedeutend mit der Unaufschiebbarkeit und erfordert deshalb eine am Einzelfall orientierte differenzierte Prüfung.

¹⁸⁵ Vgl. S. 151 f.

2. Anordnungen des Erblassers

Durch § 2224 Abs. 1 S. 3 werden die dargelegten gesetzlichen Grundlagen zur Amtsführung mehrerer Testamentsvollstrecker ausdrücklich zugunsten des Erblassers für dispositiv erklärt. Das heißt die Gesamtvertretung im Sinne des § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 stellt zwar im Auge des Gesetzgebers den Regelfall dar, abweichende Anordnungen des Erblassers im Einzelfall sind aber nichtsdestotrotz vorrangig.

Dies entspricht dem übergeordneten erbrechtlichen Grundsatz der Maßgeblichkeit des Erblasserwillens, der insbesondere bei der Auslegung von Verfügungen von Todes wegen im Gegensatz zur grundsätzlichen Auslegung von Willenserklärungen nach dem Empfängerhorizont Bedeutung erlangt. Dieser kommt im Rahmen der Testamentsvollstreckung sogar sichtbar durch die §§ 2207-2209 zum Ausdruck, mit der Folge, daß innerhalb der vorhandenen gesetzlichen Schranken der Wille des Erblassers die oberste Norm für die Aufgaben und Befugnisse der Testamentsvollstrecker ist.¹⁸⁶

a) Form

Eine solche abweichende Anordnung stellt allerdings selbst wiederum eine rechtsgeschäftliche Anordnung des Erblassers, die erst mit dessen Tod Wirkung erlangt, also eine Verfügung von Todes wegen dar, weshalb auch sie dem entsprechenden Formzwang unterliegt.

Das hat zur Folge, daß den für den Erbvertrag in § 2276 beziehungsweise für das Testament in §§ 2247 ff. festgehaltenen Formvorschriften genüge zu tun ist. Indes müssen sie nicht notwendigerweise in der gleichen Urkunde festgelegt sein wie die Einsetzung der Testamentsvollstrecker.¹⁸⁷ Darüber hinaus ist aber die Angabe der abweichenden Anordnungen im Testamentsvollstreckerzeugnis anzugeben.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Vgl. ständige Rechtsprechung: RGZ 74, 218; 81, 170; BGH NJW 1962, 913; 1976, 1692.

¹⁸⁷ Vgl. Planck/Flad, § 2224 Anm. 7.

¹⁸⁸ Vgl. KG OLG 34, 319.

b) Grenzen

Der Dispositionsbefugnis des Erblassers werden allerdings Grenzen gesetzt, was die Einbeziehung des Nachlaßgerichts betrifft.

So ist es ihm etwa verwehrt, die Testamentsvollstrecker unter die Aufsicht des Nachlaßgerichts zu stellen oder gar für ihre Entscheidungen einen Genehmigungsvorbehalt des Nachlaßgerichts anzuordnen, da die gerichtliche Zuständigkeit abschließend gesetzlich geregelt wird und eine Übertragung zusätzlicher Aufgaben durch Privatpersonen unzulässig ist.¹⁸⁹ Eine solche Aufsicht des Gerichts über die Geschäftsführung der Vollstrecker kraft Erblasseranordnung widerspräche darüber hinaus auch dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers.¹⁹⁰ Sie würde nämlich entweder einer vom Gesetz nicht vorhergesehenen Realpflegschaft oder der Tätigkeit bei der Nachlaßverwaltung gleichkommen, die aber ausschließlich gemäß § 1975 zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger anzuordnen ist, was hier gerade nicht der einzige Zweck ist, sondern vielmehr die Kontrolle der Vollstrecker.

Als unzulässig sind darüber hinaus Anordnungen anzusehen, die die Tätigkeit der Testamentsvollstrecker derart erschweren, daß sie de facto lahmgelegt wird.

c) Gestaltungsmöglichkeiten:

Auch unter Beachtung dieser Einschränkungen verbleibt dem Erblasser ein weiter Gestaltungsspielraum, der es ihm erlaubt, die Besonderheiten seines Nachlasses und die Fähigkeiten der einzelnen ausgewählten Testamentsvollstrecker sowie die Notwendigkeiten im Rechts- beziehungsweise Geschäftsverkehr zu berücksichtigen.

aa) Bezüglich der Entscheidungsfindung im Testamentsvollstreckerergremium

Zunächst besteht die Möglichkeit, Anordnungen zu treffen, welche die Anforderungen an eine vorzunehmende Verwaltungsmaßnahme festlegen.

¹⁸⁹ Vgl. KG OLGE 7, 360.

¹⁹⁰ Vgl. Motive V, 225.

(1) Gemeinschaftliche Amtsführung

Die naheliegendste Möglichkeit des Erblassers besteht darin, sich an die gesetzliche Regelung anzulehnen oder direkt auf sie zu verweisen. Dies ist der Fall, wenn er die Notwendigkeit gemeinschaftlichen Handelns beziehungsweise erforderliche Einstimmigkeit für die Amtsführung anordnet.

Als testamentarischer Formulierungsvorschlag empfiehlt sich etwa folgende Wendung: *„Die Testamentsvollstrecker führen das Amt gemeinschaftlich. Alle Maßnahmen, die sie durchführen, bedürfen eines einstimmigen Beschlusses.“*¹⁹¹

Der Erblasser kann sogar das Einstimmigkeitsprinzip im Vergleich zur gesetzlichen Regelung noch verstärken, indem er die Entscheidungsbefugnis des Nachlaßgerichts bezüglich Meinungsverschiedenheiten im Rahmen der Verwaltung des Nachlasses folgendermaßen ausschließt: *„Ist ein einstimmiger Beschluß nicht zu erzielen, hat die beabsichtigte Maßnahme zu unterbleiben.“*

Entscheidet er sich hingegen für die gesetzliche Regelung sollte dies beispielsweise so ausgedrückt werden: *„Ist die Einstimmigkeit nicht zu erzielen, entscheidet wie auch in allen anderen Fällen bei Meinungsverschiedenheiten das Nachlaßgericht.“*

(2) Mehrheitsprinzip

Als eine vom Einstimmigkeitsgrundsatz abweichende Anordnung des Erblassers kommt grundsätzlich die Einführung des Mehrheitsprinzips in Betracht.

(a) Zulässigkeit

Die Frage der Zulässigkeit einer solchen Erblasseranordnung, das Mehrheitsprinzip für die Verwaltung der Mitvollstrecker einzuführen, stellt sich allerdings in besonderem Maße für die Konstellation, daß das Testamentsvollstreckerergremium aus allen Miterben besteht. Denn in diesem Fall liegt wie oben¹⁹² bereits ausgeführt der Sinn der Ernennung gerade darin, statt des Mehrheitsbeschlusses der Erbengemeinschaft nach §§ 2038 Abs. 2, 745 die

¹⁹¹ Bengel/Reimann, Kap. VI Rn. 212.

¹⁹² Siehe zur Ernennung S. 41.

Mitwirkung und gegebenenfalls Entscheidung durch das Nachlaßgericht gemäß § 2224 Abs. 1 einzuführen. Wird aber die Entscheidung durch Mehrheitsbeschluß kraft abweichender Anordnung des Erblassers nach § 2224 Abs. 1 S. 3 wieder bestimmt, droht der dargelegte und für die Zulässigkeit vorausgesetzte Unterschied zu verwischen.

Nach einer neueren Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts¹⁹³ ist aber auch in dieser Situation die Erblasseranordnung zulässig und sinnvoll, weil dem Nachlaßgericht trotzdem Kontrollfelder verbleiben, die für den Fall, daß die Miterben nicht zugleich Mitvollstrecker sind, nicht gegeben wären. So kann es etwa zu einer Entscheidung durch das Nachlaßgericht gemäß § 2224 Abs. 1 S. 2 kommen, wenn sich gar keine Mehrheit findet, jeder Mitvollstrecker also eine andere Ansicht vertritt. Zudem besteht im Unterschied zu den Regelungen im Rahmen der Miterbengemeinschaft die Entlassungsmöglichkeit eines Mitvollstreckers nach § 2227, die - ihr Durchgreifen vorausgesetzt - den Ausschluß eines Miterben von der Verwaltung des Nachlasses ermöglicht.

Folglich ist die Einführung des Mehrheitsprinzips auch bei einem aus allen Miterben bestehenden Testamentsvollstreckerghremium sinnvoll und zulässig.

(b) Rechtsfolgen im Außenverhältnis

Ist Zulässigkeit und Wirksamkeit einmal festgestellt, bleibt als entscheidende Frage, ob die mit der erforderlichen Mehrheit der Vollstrecker beschlossene Verwaltungsmaßnahme auch ohne die Mitwirkung der überstimmten Vollstrecker mit Außenwirkung ausgeführt werden kann.

(aa) Ansicht von Haegele/Winkler

Nach der Ansicht von Haegele/Winkler¹⁹⁴ kann auch eine Mehrheit der Vollstrecker die überstimmte Minderheit nicht wirksam bei der Ausführung des Beschlusses im Rechtsverkehr mit Dritten vertreten.

Dies wird zum einen damit begründet, daß es bedenklich wäre, die Minderheit - als Folge einer angenommenen grundsätzlichen Außenwirkung des Mehrheitsbeschlusses - auf

¹⁹³ Vgl. BayObLG Rpfleger 2001, 548.

¹⁹⁴ Vgl. Haegele/Winkler, Rn. 458.

Schadensersatzansprüche zu beschränken, sogar wenn nur ein scheinbarer, in Wahrheit aber gar kein wirksamer, Mehrheitsbeschluß vorläge.¹⁹⁵ Die Mehrheit wäre dann stets in Versuchung, durch rasche Ausführung des vermeintlich wirksamen Mehrheitsbeschlusses vollendete Tatsachen zu schaffen, da eine Klage der Minderheit in der Regel zu spät kommen würde, während umgekehrt der Minderheit drohte, bei unberechtigter Weigerung selbst schadensersatzpflichtig zu werden. In der Praxis bestünde deshalb die Gefahr einer unannehmbaren Beeinträchtigung der Interessen der Minderheit. Zudem sei die Außenwirkung nur bei Not- oder Eilfällen sinnvoll, da nur dort die Mehrheit von der Minderheit möglicherweise im Einzelfall irreversibel lahmgelegt zu werden drohe. In allen anderen Fällen erscheine es aber der Mehrheit zumutbar, notfalls die Minderheit auf Mitwirkung an der Ausführung des Beschlusses zu verklagen, da sie bei rechtmäßiger Beschlußfassung damit keinen Problemen begegnen werde.

(bb) Gegenauffassung¹⁹⁶

Die Gegenansicht, welche die grundsätzliche Außenwirkung des Mehrheitsbeschlusses bejaht, begegnet diesen Argumenten folgendermaßen: Die Vertretungsmacht im Außenverhältnis folge direkt aus dem Mehrheitsbeschluß, weil ein solcher Beschluß die entsprechende Ermächtigung durch das Gremium als Kollektiv enthalte. Allerdings setze eine solche wirksame Ermächtigung damit notwendigerweise einen gültigen Mehrheitsbeschluß voraus. Liege dieser hingegen nicht vor, könne auch die überstimmte Minderheit nicht wirksam vertreten werden, es sei vielmehr ein Fall der Vertretung ohne Vertretungsmacht gemäß der §§ 177 ff. gegeben. Dann greife aber auch das ausgeführte Argument der Gegenmeinung nicht mehr, da die Minderheit in diesem Fall keineswegs lediglich auf Schadensersatzansprüche beschränkt werde. In der umgekehrten Situation des wirksamen Mehrheitsbeschlusses erscheine es aber wertungsmäßig geradezu geboten, daß, wenn jemand gegebenenfalls auf Schadensersatzansprüche verwiesen werde, dies eher der unterlegenen Minderheit als der Mehrheit der Vollstrecker zuzumuten sei. Des weiteren würde es zu mit dem Sinn der Anordnung der Mehrheitsentscheidung praktisch unvereinba-

¹⁹⁵ Vgl. BGHZ 49, 183 (192 f.).

¹⁹⁶ Vertreten u.a. von Kipp/Coing, § 74 I 2; Münchener Kommentar/Brandner, § 2224 Rn. 2; Staudinger/Reimann, § 2224 Rn. 6.

ren Widersprüchen führen, wenn mangels Außenwirkung der Entscheidung die Umsetzung durch Zwang der Minderheit auf den Prozeßweg verzögert werden könnte. Bei schwer oder gar nicht aufschiebbaren Maßnahmen drohten zudem Nachteile für das Nachlaßvermögen.¹⁹⁷

(cc) Stellungnahme

Bei Abwägung der beiden dargestellten Auffassungen spricht demnach entscheidend für die Annahme der Außenwirkung des Mehrheitsbeschlusses der Zweck der Einführung der Kollegialverfassung.

Dieser wird in der Regel sein, den Entscheidungsprozeß zu erleichtern und abzukürzen, indem die mit dem Einstimmigkeitsgrundsatz verbundenen Schwerfälligkeiten vermieden werden sollen. Insbesondere sollen Maßnahmen im Sinne einer ordnungsmäßigen Verwaltung der Nachlaßgegenstände auch dann möglich sein, wenn eine Einigung aller Vollstrecker nicht zu erzielen ist. Dieser Zweck wäre aber komplett konterkariert, könnte die Mehrheit zwar wirksam Beschlüsse im Innenverhältnis fassen, wäre aber zur Umsetzung im Außenverhältnis nicht berechtigt und müßte zunächst jedes Mal den Klageweg beschreiten.

In der Folge ist eine solche Kollegialverfassung des Testamentsvollstreckerorgans sinnvollerweise nicht grundsätzlich als auf das Innenverhältnis beschränkt anzusehen, vielmehr befreit sie auch von dem Erfordernis der Gesamtvertretung im Außenverhältnis.

(c) Formulierungsvorschlag

Für ihre Anordnung empfiehlt sich eine Formulierung mit dem folgenden Inhalt: „Im Innenverhältnis entscheiden die Testamentsvollstrecker mit einfacher Mehrheit der Stimmen.“ Will der Erblasser das Mehrheitsprinzip im Außenverhältnis einschränken oder erleichtern, sollte er dies ausdrücklich festlegen, zum Beispiel: „Die Testamentsvollstrecker sind nur gemeinschaftlich berechtigt, Verfügungen über Nachlaßgegenstände zu treffen.“

¹⁹⁷ Vgl. OLG Kiel Seuff. Archiv 61 Nr. 131.

oder umgekehrt „Im Außenverhältnis sind jeweils zwei Testamentsvollstrecker gemeinschaftlich zu Verfügungen über Nachlaßgegenstände berechtigt.“¹⁹⁸

(d) Festlegung des Zustandekommens der erforderlichen Mehrheit

Dem Erblasser steht es darüber hinaus frei, wie stark er die Entscheidungsfindung erleichtern will. So kann er für Beschlüsse die einfache Mehrheit genügen lassen oder aber die Notwendigkeit einer qualifizierten Mehrheit, etwa 2/3- oder ¾-Mehrheit, anordnen. Dies wird auch von der Größe des Testamentsvollstreckerremiums abhängen.

Vor allem bei geradzähligen Testamentsvollstreckergermien sind im Interesse einer handlungsfähigen Verwaltung vom Erblasser aber auch denkbare Pattsituationen zu berücksichtigen. Um diese aufzulösen, kann er etwa einem der Mitvollstrecker für diesen Fall das Entscheidungsrecht einräumen. Diesen könnte man dann aufgrund seiner dadurch aus dem Gremium herausragenden Position naheliegenderweise als Vorsitzenden des Testamentsvollstreckerremiums bezeichnen. So wurde auch im oben exemplarisch dargelegten Nachlaßfall Springer ein solches Modell gewählt, indem der Vorsitz Prof. Bernhard Servatius übertragen wurde.

Als Alternative wird von Zimmermann¹⁹⁹ vorgeschlagen, einen Schiedsrichter zur Streitentscheidung zu berufen, der aber nur einer der von den Mitvollstrecker jeweils vertretenen Meinung zustimmen könne und sich deshalb nicht berufen fühlen könne, eine andere dritte Meinung durchzusetzen.

(e) Auswirkungen im Innenverhältnis

Die Einführung des Mehrheitsprinzips durch den Erblasser in welcher Form auch immer hat jedenfalls mit der dargelegten bevorzugten Ansicht zur Folge, daß die aufgrund der erforderlichen Mehrheit handelnden Mitvollstrecker die anderen nicht zunächst auf Mitwirkung verklagen und notfalls nach § 894 ZPO vollstrecken müssen, vielmehr können sie legitimiert durch den Mehrheitsbeschluß wirksam auch im Außenverhältnis die Maßnahme durchführen.

¹⁹⁸ Formulierungsvorschläge von Bengel/Reimann, Kap. II Rn. 212.

¹⁹⁹ Vgl. Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, Rn. 206.

(f) Auswirkungen im Verhältnis zum Nachlaßgericht

Bei einer solchen Regelung durch den Erblasser bleibt auch kein Platz mehr für eine Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten durch das Nachlaßgericht nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, da sonst die unterlegene Minderheit stets durch Anrufung des Nachlaßgerichts das Mehrheitsprinzip unterlaufen könnte und die Erblasserregelung insofern als zugleich ausreichend wie abschließend betrachtet werden muß.

Die Anrufung des Gerichts kommt demnach nur noch dann in Betracht, wenn die Wirksamkeit der Mehrheitsentscheidung selbst in Frage steht; dies ist dann aber keine Meinungsverschiedenheit im Sinne des § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, sondern eine Rechtsfrage, für die demnach die Zuständigkeit des Prozeßgerichts gegeben ist.

(3) Nebenvollstreckung

Der Erblasser hat auch die Möglichkeit für bestimmte Wirkungskreise die alleinige Zuständigkeit eines oder mehrerer Mitvollstrecker festzulegen. Die diesen Wirkungskreis unterliegenden Nachlaßgegenstände sind dann aus der gemeinschaftlichen Verwaltung herausgenommen. Mithin ist der damit betraute Mitvollstrecker in diesem Bereich wie ein Alleinvollstrecker zu behandeln. Allein bei notwendigen Erhaltungsmaßnahmen im Sinne des § 2224 Abs. 2 besteht noch bezüglich der aus der gemeinschaftlichen Verwaltung herausgenommenen Nachlaßgegenstände eine Handlungsbefugnis der Mitvollstrecker, da diese im Gegensatz zu § 2224 Abs. 1 S. 1 eine nicht zugunsten des Erblassers disponible Regelung darstellt.²⁰⁰

(a) Abgrenzung

Allerdings liegt keine echte Mitvollstreckung mehr vor, wenn jeder einzelne Testamentsvollstrecker nur noch jeweils für seinen bestimmten Bereich ausschließlich zuständig ist und gar kein gemeinsam zu verwaltender Nachlaßgegenstand mehr besteht. Dann bestehen indes mehrere selbständige beschränkte Testamentsvollstreckungen, die, so-

²⁰⁰ Vgl. oben S. 74.

weit sie sich jeweils auf den Anteil eines oder mehrerer Miterben an der Erbschaft beziehen, als Erbteilstvollstreckungen bezeichnet werden.²⁰¹

(b) Anwendungsfälle

Nebenvollstreckung im ersten Sinn kommt in der Praxis insbesondere bei Unternehmertestamenten in Betracht. Etwa wenn ein bestimmter Geschäftszweig unabhängig von den anderen oder überhaupt Privatvermögen und Unternehmen getrennt verwaltet werden sollen. Hierbei besteht dann eine weitere Möglichkeit, die jeweiligen Kompetenzen der einzelnen Mitvollstrecker mit den jeweiligen Anforderungen der einzelnen Nachlaßbereiche in Einklang zu bringen und zu differenzieren. So wird in der Regel für die Verwaltung von selbst genutzten Immobilien die Nebenvollstreckung durch ein Familienmitglied angezeigt sein, während die alleinige Verwaltung eines bestimmten Geschäftszweigs des Unternehmens oder gar des gesamten Unternehmens verstärkt an die berufliche Befähigung und wirtschaftliche Erfahrungheit des jeweiligen Vollstreckers geknüpft werden sollte, was deshalb in der Regel gerade kein engeres Familienmitglied, sondern vielmehr ein bewährter Geschäftsführer, Berater oder befreundeter anderer Unternehmer sein wird.

Um Kompetenzstreitigkeiten und infolgedessen eine die Verwaltungstätigkeit lähmende häufige Anrufung des Nachlaßgerichts zu vermeiden, sollte der umsichtige Erblasser deshalb Vorsorge treffen. So kann er etwa wie zur Auflösung von Pattsituationen im Gremium bereits

vorgeschlagen, einen Dritten – selbst Vollstrecker oder nicht – mit der Abgrenzung der Nebenvollstreckungsbereiche und der Rechtsmacht zur entsprechenden Zuordnung für den Streitfall berufen. Wiederum eine Aufgabe, für die sich die Einsetzung eines Vorsitzenden innerhalb des Testamentsvollstreckerghremiums anbietet, allerdings nur sofern der geeignetste Mitvollstrecker hierzu nicht selbst Nebenvollstreckungsaufgaben wahrnimmt und infolge der damit einhergehenden Interessenkollision seine Unparteilichkeit gefährdet werden könnte.

²⁰¹ Vgl. Eibl, Die Erbteilstvollstreckung.

bb) Bezüglich der Geschäftsverteilung bzw. Vertretungsverhältnisse:

Dem Erblasser räumt § 2224 Abs. 1 S. 3 die Möglichkeit ein, die Vertretungsverhältnisse sowohl im Innen- wie auch im Außenverhältnis abweichend vom gesetzlichen Grundsatz der Gesamtvertretung zu regeln.

(1) Alleinvertretung im Außenverhältnis

Eine denkbare Variante besteht darin, einem oder mehreren der Mitvollstrecker allein Vertretungsmacht im Außenverhältnis einzuräumen. Dies kann sinnvoll sein, wenn man einen oder mehrere Mitvollstrecker aufgrund ihrer persönlichen Befähigungen besonders aus dem Testamentsvollstreckergrremium herausheben will. Zudem wird die Handlungsfähigkeit erleichtert, allerdings bleibt andererseits gleichzeitig eine Absicherung gegen eine Übermacht des entsprechend ausgestatteten Vollstreckers bestehen, da er im Innenverhältnis weiterhin grundsätzlich verpflichtet bleibt, Verwaltungsmaßnahmen in Übereinstimmung mit den anderen Vollstreckern zu führen.

Beispielhaft hierzu kann der einer Entscheidung des Kammergerichts²⁰² zugrundeliegende Sachverhalt angeführt werden, indem der Erblasser drei Testamentsvollstrecker, einen Professor, einen Bankier und einen Fabrikbesitzer, ernannt und zusätzlich bestimmt hatte, daß es zur Wirksamkeit im Außenverhältnis, insbesondere gegenüber Gerichten und Behörden, genüge, wenn zwei von ihnen gemeinschaftlich auftreten. Zur Erleichterung des Auftretens im Rechtsverkehr kann er sogar jedem einzelnen Mitvollstrecker volle Handlungsbefugnis im Außenverhältnis einräumen. Die Besonderheiten, die mit der Einsetzung eines Testamentsvollstreckergrremiums verbunden sind, bleiben dann auf das Innenverhältnis beschränkt.

Sinnvoll erscheint insbesondere eine Regelung des Erblassers über die gegenseitige Vertretung der Mitvollstrecker untereinander für den Fall der Verhinderung eines oder mehrerer. Aufgrund des Gesamtvertretungsgrundsatzes ist nämlich bei Fehlen einer entsprechenden Regelung bereits bei Verhinderung eines Mitvollstreckers jedes Verwaltungshandeln lahmgelegt. Denn die gesetzliche Regelung für den Wegfall eines Mit-

²⁰² Vgl. RJA 2, 167.

vollstreckers nach § 2224 Abs. 1 S. 2 greift bei tatsächlicher vorübergehender Verhinderung nicht ein.²⁰³

Nach § 2224 Abs. 1 S. 3 steht es aber dem Erblasser frei, den Anwendungsbereich dieser Regelung kraft testamentarischer Anordnung auf die Fälle vorübergehender tatsächlicher Verhinderung auszudehnen.

(2) Geschäftsverteilungsplan

Darüber hinaus kann der Erblasser einen Geschäftsverteilungsplan aufstellen, der die zu treffenden Verwaltungsmaßnahmen gewissen Grundsätzen unterstellt, bis hin zur Festlegung einer detaillierten Geschäftsordnung, die die Aufgabenverteilung der Mitvollstrecker im einzelnen regelt.

Als Anhaltspunkt zur Formulierung kann folgendes Beispiel dienen: *„Die Testamentsvollstrecker haben unverzüglich nach Amtsannahme eine Geschäftsordnung aufzustellen, in der die Zuordnung der laufenden Geschäfte des Nachlasses im Innenverhält-
nis festgelegt wird. Dabei gelten folgende Grundsätze: ...“*²⁰⁴.

Auf diese Weise können etwa im Hinblick auf die Verwaltung von Gesellschaftsbeteiligungen, Leitlinien für die Unternehmenspolitik vorgegeben werden, wie dies beispielhaft im eingangs²⁰⁵ dargestellten Fall Springer geschehen ist oder die prioritäre Erhaltung von Immobilien, die seit langen im Familieneigentum stehen und von dieser noch bewohnt werden, festgesetzt werden.

(3) Vollmachtserteilung zur Erweiterung der Rechtsmacht

Durch Erteilung entsprechender Vollmachten an einen einzelnen oder mehrere Vollstrecker kann der Erblasser deren Rechtsmacht sogar dahingehend erweitern, daß sie im Rahmen der Vollmacht nicht mehr den Beschränkungen unterliegen, die für die Testamentsvollstrecker grundsätzlich gelten.

²⁰³ Siehe ausführlich unten S. 126.

²⁰⁴ Formulierungsvorschlag Bengel/Reimann, Kap. II Rn. 212.

²⁰⁵ Vgl. oben S. 3 ff.

(a) Erteilung von Spezialvollmachten

Beispielsweise kann so durch entsprechende Bevollmächtigung vom gesetzlichen Verbot unentgeltlicher Verfügungen gemäß § 2205 S. 3 mittelbar befreit werden. Der dadurch bedingte Wegfall des Erbenschutzes benachteiligt diese auch nicht unangemessen, da sie als Rechtsnachfolger des Erblassers die Vollmacht jederzeit widerrufen können. Zudem werden durch die Grundsätze des Mißbrauchs der Vertretungsmacht dem Handeln des Bevollmächtigten Schranken gesetzt. Der Erblasser kann aber auch die Vollmacht von vornherein zur Sicherung vor Mißbrauch etwa dahingehend einschränken, daß von ihr nur unter Vorlage der Vollmachtsurkunde, die bei einem Treuhänder hinterlegt ist, Gebrauch gemacht werden kann. Statt einer solchen überwachbaren Vollmacht wird es sich aber regelmäßig anbieten, den Treuhänder gleich zum Mitvollstrecker zu ernennen, da er dann seiner Überwachungsaufgabe im Rahmen der gemeinschaftlichen Verwaltung bei gleichzeitiger Bevollmächtigung beider nachkommen kann.²⁰⁶

(b) Erteilung einer Generalvollmacht

Fraglich ist hingegen, ob der Erblasser einem Mitvollstrecker sogar Generalvollmacht erteilen kann.

Bedenken ergeben sich hier vor allem im Hinblick auf die Wahrung einer gemeinschaftlichen Entscheidungsfindung und Amtsführung durch das Testamentsvollstreckerergremium, da der mit Generalvollmacht ausgestattete Mitvollstrecker auf die Mitwirkung der übrigen dann gerade nicht mehr angewiesen ist, was das Gleichgewicht unter ihnen und damit einen Hauptzweck der Anordnung einer Mehrheit von Testamentsvollstreckern, die Erzielung des balance-of-power-Effekts²⁰⁷, erheblich gefährdet.

Für die Zulässigkeit einer solchen testamentarischen Gestaltungsmöglichkeit spricht aber entscheidend der übergeordnete erbrechtliche Leitgedanke, daß der Erblasser in den Verfügungen über seinen Nachlaß grundsätzlich freigestellt ist.²⁰⁸ Überdies kann es bei

²⁰⁶ Vgl. Haegele/Winkler, Rn. 364.

²⁰⁷ Siehe oben S. 32 f.

²⁰⁸ So KG OLGE 9, 409; zur Testierfreiheit ausführlich Brox, Rn. 23.

entsprechender Vertrauensstellung aus denselben Gründen wie bei der Einräumung der Alleinvertretungsbefugnis im Außenverhältnis durchaus sinnvoll sein, einem Mitvollstrecker Generalvollmacht zu erteilen, zumal dann zusätzlich der bevollmächtigte Vollstrecker bereits im Übergangszeitraum bis zum Amtsantritt der übrigen und bei Ausscheiden eines Mitvollstreckers bis zum Amtsantritt des Nachfolgers im Sinne des Erblassers für den Nachlaß handeln kann. Die notwendige Gewähr gegen einen drohenden Mißbrauch durch den Bevollmächtigten bildet schließlich auch im Rahmen der Generalvollmacht das Widerrufsrecht der Erben als Rechtsnachfolger des vollmachterteilenden Erblassers.

Dem Erblasser steht es somit frei, einer Person seines Vertrauens neben der Einräumung der Mitvollstreckereigenschaft auch eine Generalvollmacht zu erteilen.

d) Zwischenergebnis

Von den gesetzlichen Grundlagen abweichende Anordnungen des Erblassers zur Durchführung der Verwaltung mehrerer Testamentsvollstrecker unterliegen dem Formzwang einer Verfügung von Todes wegen und dürfen weder die Befugnisse des Nachlaßgerichts erweitern noch die Tätigkeit der Vollstrecker lahmzulegen drohen. Der Erblasser kann indes Modifizierungen im Rahmen der gemeinschaftlichen Verwaltung vornehmen oder sogar das Mehrheitsprinzip einführen, wobei dann die besseren Argumente für eine grundsätzliche Außenwirkung des Mehrheitsbeschlusses sprechen. Ebenso kann er Nebenvollstreckung anordnen oder die Geschäftsverteilung durch Erteilung einer Alleinvertretungsbefugnis mit Wirkung im Innenverhältnis, die Aufstellung eines Geschäftsverteilungsplans oder die rechtmacherweiternde Erteilung von Vollmachten bis hin zur Generalvollmacht gestalten.

3. Meinungsverschiedenheiten im Rahmen der Verwaltungstätigkeit

Unabhängig davon, ob der Erblasser sich für das gesetzliche Modell der Verwaltung des Nachlasses in Gesamtvertretung oder für eine der vorgestellten abweichenden Anordnungen entschieden hat, besteht wie bei jedem anderen Mehrpersonenverhältnis auch hier die Gefahr von Meinungsverschiedenheiten. Sei es, daß sich die Mitvollstrecker nicht über die Vornahme überhaupt oder über Art und Inhalt einer konkreten Maßnahme einigen können, was auch für den Fall der Geschäftsverteilung zutreffen kann, wenn eine in Frage stehende Maßnahme mehrere Wirkungskreise gleichzeitig berührt, sei es, daß streitig ist, zum Wirkungskreis welches Mitvollstreckers die Aufgabe als zugehörig zu betrachten ist.

Da sich aber gerade im Konfliktfall die Tauglichkeit einer rechtlichen Konstruktion für die Anwendungspraxis erweist, soll in diesem Abschnitt das Augenmerk einerseits besonders auf die rechtstatsächliche Lösung denkbarer Konfliktkonstellationen gerichtet werden. Andererseits gilt es methodisch, eine saubere und praxistaugliche Darstellung der rechtlichen Lösungsmechanismen aufzuzeigen.

Mehrfach wurde im Rahmen dieser Arbeit bereits auf die Parallele zu Regelungen der Miterbengemeinschaft und der Gemeinschaft nach §§ 741 ff. hingewiesen und diese zur Auslegung herangezogen. Was die Regelung von Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vollstreckern angeht, muß aber grundlegend gerade umgekehrt auf die Unterschiede hingewiesen werden. Denn die Testamentsvollstrecker haben - soweit sie nicht zugleich Miterben sind, aber auch dann jedenfalls nicht in ihrer Eigenschaft als Vollstrecker - im Gegensatz zu den Miterben beziehungsweise den Gesellschaftern am Gegenstand ihrer Verwaltungstätigkeit als solches keine Rechte, während letztere ja Eigentümer des Gegenstands sind. Die Testamentsvollstrecker nehmen vielmehr im Rahmen ihrer Tätigkeit die Rechte und Pflichten der eigentlichen Eigentümer des Nachlasses, der Erben, wahr. Dies erklärt warum die Mitvollstrecker untereinander über keinen dem § 2038 als Anspruch des Miterben auf Mitwirkung der anderen Miterben zu Maßregeln, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich sind, beziehungsweise dem § 745 als entsprechenden Anspruch des Gesellschafters nachgebildeten Anspruch verfügen. Ein solcher kann vielmehr nur zwischen Testamentsvollstreckern auf der einen und den Erben auf der anderen Seite bestehen, da sonst Anspruchsberechtigter und –verpflichteter identisch wären. Diese Besonderheit erklärt

die Notwendigkeit einer Sonderregelung für Meinungsverschiedenheiten zwischen Testamentsvollstreckern.

a) Entscheidung durch das Nachlaßgericht

Kraft der gesetzlichen Aufgabenzuweisung in § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 kommt dem Nachlaßgericht bei der Lösung von Meinungsverschiedenheiten die zentrale Rolle zu. Deshalb sollen zunächst anhand dieser gesetzlichen Regelung die Problemfelder vorgestellt und einer entsprechenden Lösung zugeführt werden, um dann anschließend denkbare abweichende Anordnungen des Erblassers durchzuspielen und vergleichend im Hinblick auf ihre Notwendigkeit und Praxistauglichkeit bewerten zu können.

aa) Sachliche Zuständigkeit

Grundlegend ist die Festlegung der Zuständigkeit des Nachlaßgerichts in sachlicher Hinsicht, insbesondere in Abgrenzung zu jener des Prozeßgerichts.

(1) Abgrenzung

Das fundamentale Abgrenzungskriterium hierzu liefert der Gesetzeswortlaut selbst, indem er „bei einer Meinungsverschiedenheit“ die Kompetenz des Nachlaßgerichts eröffnet. Folglich ist der Begriff der Meinungsverschiedenheit und dessen systematische Einbettung zu klären.

Entscheidend ist der thematische Bezugspunkt der Meinungsverschiedenheit. Grammatikalisch und systematisch kann sich diese nur auf die Regelung des ersten Halbsatzes beziehen, also die gemeinschaftliche Amtsführung des Testamentsvollstreckerorgans betreffen. Dies steht auch im Einklang mit dem Zweck der Regelung, die Amtsführung selbst bei andauernden Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vollstreckern durch Entscheidung des Nachlaßgerichts fortsetzen zu können, ohne daß ein Testamentsvollstrecker dazu gezwungen wird, Klage gegen einen Mitvollstrecker vor dem Prozeßgericht zu erheben.²⁰⁹

²⁰⁹ Vgl. OLG Hamburg OLGE 1, 196.

Dies bringt zumindest bezüglich der am Streit Beteiligten Klarheit:

Die Zuständigkeit des Nachlaßgerichts nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 betrifft somit nur Meinungsverschiedenheiten, bei denen auf beiden Seiten Mitvollstrecker beteiligt sind. Zu beachten ist dabei aber, daß diese Streitbeteiligung auch jeweils auf ihrer Eigenschaft als Testamentsvollstrecker beruhen muß. Somit entfallen all jene Konflikte, bei denen auf zumindest einer Seite ein Vollstrecker in seiner Eigenschaft als Gläubiger, etwa bezüglich eines Auslagenerstattungsanspruchs, oder Schuldner des Nachlasses handelt. Denn in diesen Konstellationen tritt der Vollstrecker gerade nicht für den zu verwaltenden Nachlaß auf, vielmehr richtet er persönliche Ansprüche gegen den Nachlaß beziehungsweise wird von solchen betroffen. In der Regel wird der Mitvollstrecker für diese Rechtsgeschäfte zudem als weggefallen im Sinne des § 2224 Abs. 1 S. 2 gelten²¹⁰, weshalb auch schon deshalb ein Streit zwischen Testamentsvollstreckern dann nicht vorliegen kann.

Der systematische Zusammenhang mit § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 bringt eine weitere Anforderung an die Qualität der Meinungsverschiedenheit mit sich. Sie muß eine Maßnahme betreffen, die der gemeinschaftlichen Amtsführung unterliegt. Fällt sie etwa in den Geschäftsbereich eines einzelnen oder mehrerer Vollstrecker, wie im dargelegten Fall der Nebenvollstreckung, scheidet eine Anrufung des Nachlaßgerichts somit aus.

Um den Anwendungsbereich allerdings nicht zu eng zu fassen, ist eine Verschiedenheit von Meinungen bereits dann zu bejahen, wenn einer oder mehrere Mitvollstrecker handeln und einer oder mehrere andere nicht an der Verwaltungsmaßnahme mitwirken, weil sie nicht erreichbar sind beziehungsweise sich schlicht nicht äußern.²¹¹ Eine wichtige Ausnahme bildet aber wie bereits oben dargelegt²¹² das Notverwaltungsrecht, welches nicht über die Anrufung des Nachlaßgerichts de facto lahmgelegt werden darf, weshalb in diesem Fall keine Meinungsverschiedenheit gegeben ist, die in den Anwendungsbereich des § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 fällt.

Eine entsprechende Regelung durch den Gesetzgeber findet sich auch in § 1797 Abs. 1 für den Fall der Meinungsverschiedenheit zwischen mehreren Vormündern, der dann in die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts fällt.

²¹⁰ Vgl. hierzu ausführlich S. 123.

²¹¹ Vgl. Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, Rn. 218.

²¹² Vgl. S. 63.

(2) Kompetenz zur Klärung rechtlicher Vorfragen

Streitpunkte im Hinblick auf die gemeinschaftliche Amtsführung beziehen sich in der Regel auf die Ordnungs- beziehungsweise Zweckmäßigkeit einer in Frage stehenden Verwaltungsmaßnahme. Die sich daraus ergebenden fließenden Grenzen zu Rechtsfragen wie der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung nach § 2216 Abs. 1 oder der Ermittlung des maßgeblichen Erblasserwillens für den Einzelfall, die die Zuständigkeit des Prozeßgerichts nach sich ziehen, zeigen in der Folge das Kardinalproblem der Abgrenzung auf.

So kann grundlegend danach differenziert werden, ob die Meinungsverschiedenheit die sachliche Amtsführung der Testamentsvollstrecker betrifft, oder ob nicht vielmehr die Auslegung des Testaments Gegenstand des Streits ist. Selbst in letztem Fall kann die Klärung einer solchen Rechtsfrage aber als Vorfrage für die beabsichtigte Amtsführung der Testamentsvollstrecker von solcher Bedeutung sein, daß sie zur Durchführung der entsprechenden Verwaltungsmaßnahme unverzichtbar ist. Ob dann die Entscheidungsbefugnis des Nachlaßgerichts diese rechtliche Vorfrage umfaßt, ist allerdings umstritten.

(a) Entscheidung des OLG Hamburg

Zur Verdeutlichung kann der einer Entscheidung des OLG Hamburg²¹³ zugrundeliegende Fall dienen. Streitig war die Auslegung des Testaments bezüglich des Umfangs der Erbberechtigung einzelner Miterben. Ohne die Klärung dieser Vorfrage war aber auch die Auskehrung des Nachlasses an die Erben als Amtshandlung der Testamentsvollstrecker nicht denkbar.

Das OLG Hamburg hat sich in dieser grundlegenden Entscheidung für eine enge Auslegung des § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 entschieden. Zur Begründung führt es an, daß die vom Gesetzeswortlaut klar begrenzte Befugnis des Nachlaßgerichts nicht gegen diesen erweitert werden dürfe. Einer solchen Erweiterung gegen den Gesetzeswortlaut würde es aber gleichkommen, wenn Rechtsfragen, die als primärer Gegenstand eines Rechtsstreits eindeutig nicht der Entscheidungsgewalt des Nachlaßgerichts unterliegen, als Vorfrage für eine in Frage stehende Amtshandlung dann aber doch in dessen Zuständigkeit fallen

²¹³ Vgl. OLG Hamburg MDR 1953, 364.

würden. Dies wäre auch deshalb widersinnig, da die Klärung einer solchen Vorfrage bezüglich der rechtlichen Verhältnisse des Nachlasses durch das Nachlaßgericht keine unmittelbare Rechtswirkung für und gegen die Erben mit sich bringen könnte. Mit anderen Worten könnten die Erben in einem Rechtsstreit vor dem Prozeßgericht auch in der gleichen Rechtsfrage ein abweichendes Urteil erstreiten, was es in jedem Fall im Interesse der Rechtssicherheit zu vermeiden gelte.

Auch die historische Auslegung stütze dieses Ergebnis, da noch im ersten Entwurf zum BGB dem Nachlaßgericht keine besondere Rolle im Rahmen des § 2224 zugewiesen war.²¹⁴ Es wurde vielmehr bewußt auf die Einräumung einer der Entscheidungsbefugnis des Vormundschaftsgerichts nachgebildeten Regelung verzichtet, weil im Unterschied zu dieser im Rahmen der Testamentsvollstreckung die Betroffenen ihre privaten Interessen und Rechte durchaus selbst wahrnehmen können, was das praktische Bedürfnis für eine Einschaltung des Nachlaßgerichts entfallen lasse.

Erst recht werde ein öffentliches Interesse für ein Eingreifen des Nachlaßgerichts anstelle der Klärung durch die ausdrücklich nach dem Erblasserwillen mit der Durchführung der Verwaltung betrauten Vollstrecker kaum darzulegen sein. In den Beratungen zum zweiten Entwurf des BGB²¹⁵ wurde der Antrag auf Aufnahme einer entsprechenden Regelung sogar ausdrücklich abgelehnt. Als Argumente hierzu wurden angeführt, daß der Richter des Nachlaßgerichts in Fragen tatsächlicher Natur in der Regel sachferner sei und daß die Gefahr bestünde, daß einzelne Vollstrecker sich auf diese Weise ihrer Verantwortung entledigen könnten, indem sie unter Vorspiegelung einer Meinungsverschiedenheit die Entscheidung auf das Gericht abwälzen könnten. Entscheidend schließlich wurde auf den Erblasserwillen abgestellt. Diesem stehe es ja frei, selbst Regelungen für den Fall von Meinungsverschiedenheiten zu treffen²¹⁶. Verzichtet er allerdings bewußt darauf, so ist nach seinem Willen eben immer Einstimmigkeit zu erzielen, es bleibe im Notfall immer noch die Möglichkeit, einen widerspenstigen Mitvollstrecker seines Amtes zu entheben. Die Tatsache, daß die heutige Regelung dann zwar doch noch durch eine Reichstagsvorlage Eingang ins BGB gefunden hat, solle angesichts der dazu dargelegten Kontroversen für eine zurückhaltende und enge Auslegung der Kompetenzen des Nachlaßgerichts sprechen.

²¹⁴ Vgl. Motive V, 222.

²¹⁵ Vgl. Protokolle V, 255 f.

²¹⁶ Siehe ausführlich S. 118 ff.

Von § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 sollen nach Ansicht des OLG Hamburg demnach nur solche Meinungsverschiedenheiten erfaßt sein, die reine Verwaltungsmaßnahmen der Testamentsvollstrecker betreffen.

(b) Ansicht Baur²¹⁷

Die Gegenansicht führt dazu kritisch an, daß eine von Rechtsfragen völlig isolierte Betrachtung streitiger Maßnahmen der „sachlichen Amtsführung“ illusorisch erscheint. Vielmehr sei jeder einzelne Vollstrecker im Rahmen des Gebots der ordnungsgemäßen Verwaltung nach § 2216 Abs. 1 sogar verpflichtet, jedwede Verwaltungsmaßnahme auf Übereinstimmung mit gesetzlichen Anforderungen und Erblasserwille hin zu überprüfen. Eine reine Reduzierung auf Zweckmäßigkeitsaspekte losgelöst von Rechtsfragen sei somit gar nicht möglich. Ähnliches gelte für den Richter des Nachlaßgerichts. Dürfe er sich nicht einmal als Vorfrage mit der Gesetzmäßigkeit beziehungsweise Vereinbarkeit mit der zugrundeliegenden letztwilligen Verfügung befassen, drohe im Einzelfall, daß er sehenden Auges mangels eigener Prüfungskompetenz einem gesetzwidrigen Antrag entsprechen müßte²¹⁸.

Auch die grammatikalische und systematische Auslegung könne unterstützend herangezogen werden. Bezugspunkt der „Meinungsverschiedenheit“ im Sinne des § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 sei „das Amt“ im Sinne des Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ohne jegliche weitere Einschränkung durch den Gesetzgeber. Dies biete gerade keinen Anhaltspunkt für die Ausklammerung im Rahmen der Amtsführung auftauchender rechtlicher Vorfragen und sei somit umfassend zu verstehen. Überdies erscheine es sinnvoll, die Streitigkeiten bezüglich der Verwaltungstätigkeit der Vollstrecker nicht zwei verschiedenen Gerichten zuzuweisen. Es bestehe auch keineswegs die Gefahr der Entscheidung abstrakter Rechtsfragen durch das Nachlaßgericht, da es nur im Zusammenhang mit konkreten Maßnahmen entscheidungsbefugt sei und keinerlei Bindungswirkung gegenüber den Erben oder dem Prozeßgericht eintrete. Auch dem Argument der Sachferne sei zu widersprechen, da gerade die Auslegung von Testamenten originäre Aufgabe des Nachlaßgerichts sei. Ebenso könne den Bedenken, dem Nachlaßgericht werde eine seiner Stellung übertriebene Rechtsmacht

²¹⁷ Vgl. Baur, in: JZ 1956, 494.

²¹⁸ Vgl. BGHZ 20, 269.

eingerräumt, entgegnet werden, daß nach § 2216 Abs. 2 S. 2 dem Nachlaßgericht sogar die Rechtsmacht eingeräumt wird, Anordnungen des Erblassers außer Kraft zu setzen, warum solle es dann nicht rechtliche Vorfragen klären dürfen, die ohnehin keine weitere Bindungswirkung nach sich ziehen.

(c) Stellungnahme

Die begriffliche Argumentation des OLG Hamburgs ist aus systematischen wie praktischen Gründen abzulehnen. Sie würde bei strikter Anwendung zu einer praktischen Aushöhlung der Kompetenzen des Nachlaßgerichts führen. Zudem verkennt sie den auch für den Richter des Nachlaßgerichts bindenden Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nach Art. 20 Abs. 3 GG, der die Prüfung der Rechtmäßigkeit des gerichtlichen Entscheidungsgegenstands stets erfordert, auch wenn dieser unter den Verfahrensbeteiligten gerade nicht streitig ist. Vorfragen, die unmittelbar die Rechtmäßigkeit der streitigen Verwaltungsmaßnahme betreffen, können deshalb denotwendig nicht der Kompetenz des Nachlaßgerichts entzogen sein. Als Richtschnur für die Abgrenzung ist deshalb dem Vorschlag Reimanns²¹⁹ zu folgen, der die Zuständigkeit des Nachlaßgerichts bejaht, wenn die rein rechtlichen Aspekte der Meinungsverschiedenheit allein die Vorfrage für die zentrale Entscheidung über die Notwendigkeit beziehungsweise Zweckmäßigkeit einer Maßnahme im Rahmen der Verwaltung durch die Testamentsvollstrecker bilden. Andernfalls, wenn also Rechtsfragen den eigentlichen Streitgegenstand darstellen, soll die Entscheidung dem Prozeßgericht vorbehalten bleiben.

(3) Einzelfälle

In einigen Fällen besteht aufgrund der ergangenen obergerichtlichen Rechtsprechung Klarheit bezüglich der Zuständigkeit des Nachlaßgerichts.

So fällt nach einer Entscheidung des Kammergerichts²²⁰ der Streit über die Ernennung eines weiteren Mitvollstreckers grundsätzlich in den Anwendungsbereich des § 2224 Abs. 1 S. 1

²¹⁹ Vgl. Staudinger/Reimann, § 2224 Rn. 22.

²²⁰ Vgl. KG Recht 1914 Nr. 1117.

Hs. 2. Dies ist allerdings einzuschränken auf die Frage, ob und wenn ja wer als weiterer Mitvollstrecker zu ernennen ist. Besteht die Meinungsverschiedenheit dagegen darin, ob das Recht zur Ernennung den Mitvollstreckern gemeinschaftlich oder einzelnen alleine zusteht, betrifft dies keine Zweckmäßigkeitsfrage bezüglich der gemeinschaftlichen Amtsführung. Streitgegenstand ist dann, ob der Erblasser bezüglich des Ernennungsrechts eine abweichende Regelung im Sinne des § 2224 Abs. 1 S. 3 vom Grundsatz der Gesamtvertretung nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 wirksam getroffen hat, mithin eine Rechtsfrage, deren Klärung dem Prozeßgericht obliegt.²²¹ Weitere praktische Anwendungsfälle für die Entscheidungszuständigkeit des Nachlaßgerichts sind hingegen die in Frage stehende Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit eines Rechtsgeschäfts, die Art und Weise der Anlage von Barmitteln aus dem Nachlaß oder der Aufstellung eines Auseinandersetzungsplans.

Im Gegensatz dazu ist ein Streit zwischen Mitvollstreckern, der nicht in die Zuständigkeit des Nachlaßgerichts fällt, beispielsweise dann gegeben, wenn er sich um die Entnahme von Barmitteln aus der Nachlaßmasse durch einen Vollstrecker zu eigenen Zwecken dreht. Denn hier ist selbst bei Bestehen einer entsprechenden Gegenforderung des Testamentsvollstreckers gegen den Nachlaß die Entnahme ohne die Zustimmung der übrigen unbefugt erfolgt, weshalb ein Streit über sie auch nicht als rechtliche Vorfrage für eine Meinungsverschiedenheit von Bedeutung sein kann.²²²

Bei auftretendem Streit infolge der verweigerten Mitwirkung eines einzelnen oder mehrerer Vollstrecker ist zu unterscheiden. Verweigern der oder die Mitvollstrecker grundlos ihre Mitwirkung, liegt ein Verstoß gegen § 2216 Abs. 1 vor, mit der Folge, daß den übrigen Mitvollstreckern ein gegen die sich weigernden Mitvollstrecker als Schuldner gerichteter Rechtsanspruch auf Mitwirkung zusteht, den sie für den Nachlaß vor dem Prozeßgericht geltend machen können. Bei Verweigerung der Mitwirkung aufgrund Streits über die Ordnungs- beziehungsweise Zweckmäßigkeit der Maßnahme ist hingegen wiederum der klassische Anwendungsfall der Meinungsverschiedenheit im Sinne des § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 gegeben, der die vorrangige Zuständigkeit des Nachlaßgerichts eröffnet.

²²¹ Vgl. OLG Colmar OLGE 26, 357.

²²² Vgl. RG HRR 1930 Nr. 1110.

Bejaht man mit Sauerlandt²²³ einen Anspruch aus §§ 2216, 2219 analog bei grundloser Verweigerung einzelner Mitvollstrecker zugunsten der übrigen, muß die Entscheidung über diesen Anspruch allerdings dem Prozeß- und nicht dem Nachlaßgericht obliegen, da es sich hier um einen gegen die anderen Testamentsvollstrecker als Schuldner gerichteten Rechtsanspruch handelt.

(4) Zeitliche Einschränkungen

Fraglich ist, welche Anforderungen an das Bestehen einer Meinungsverschiedenheit in zeitlicher Hinsicht zu stellen sind. Unstreitig setzt § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 deren Bestehen im Zeitpunkt der Antragsstellung an das Nachlaßgericht voraus, problematischer ist aber, ob sie auch noch im Zeitpunkt der Entscheidung gegenwärtig sein muß.

Hierzu kann eine Entscheidung des Kammergerichts²²⁴ herangezogen werden, die sich mit den Auswirkungen des Todes eines von zwei Vollstreckern zwischen der Antragsstellung und der Entscheidung des Nachlaßgerichts auseinanderzusetzen hatte. Das Kammergericht verneinte für diesen Fall das Bestehen einer Meinungsverschiedenheit als Entscheidungsvoraussetzung des § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, weil mit dem Tod des einen Vollstreckers auch seine Meinung zu bestehen aufgehört habe. Auch wenn weiterhin die beurkundete Antragsstellung existiere, so ändere dies nichts daran, daß die darin zum Ausdruck kommende Meinung nicht mehr bestehe, da mit dem Tod des einen Vollstreckers sich gemäß § 2225 nur noch der andere im Amt befindet und bei Einzelvollstreckung keine Meinungsverschiedenheit im Sinne des § 2224 möglich ist. Höchstens zwischen Erben und Einzelvollstrecker könnte eine solche dann noch bestehen, für die dann aber jedenfalls nicht das Nachlaßgericht zuständig sei. Für das gefundene Ergebnis spreche auch der Wortlaut des § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, der die Meinungsverschiedenheit in unmittelbaren Kontext mit der Entscheidung des Nachlaßgerichts stellt und die Antragsstellung oder einen Zeitpunkt des Bestehens gar nicht nennt. Auch teleologische Gründe könnten stützend angeführt werden, denn die Entscheidung des Nachlaßgerichts solle „die Einheitlichkeit der Verwaltung und ein gedeihliches Zusammenwirken der mehreren Vollstrecker“²²⁵

²²³ Vgl. Sauerlandt, in: DFG 1940, 11 und siehe unten S. 145.

²²⁴ Vgl. KG OLGE 30, 209.

²²⁵ KG OLGE 30, 210.

wiederherstellen, was aber gar nicht mehr möglich sei, wenn nur noch ein einzelner im Amt ist.

Demnach muß die Meinungsverschiedenheit auch noch im Zeitpunkt der nachlaßgerichtlichen Entscheidung gegenwärtig sein.

(5) Funktionelle Zuständigkeit

Funktionell zuständig innerhalb des Nachlaßgerichts ist gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 4 RPflG der Richter.

(6) Sonderzuständigkeit des Landwirtschaftsgerichts

Zu beachten ist schließlich die vorrangige Zuständigkeit des Landwirtschaftsgerichts bei Meinungsverschiedenheiten im Zusammenhang mit landwirtschaftlichen Grundstücken im Sinne der HöfeO.²²⁶

bb) Antragsstellung

Da das Nachlaßgericht mangels eines bestehenden Aufsichtsrechts über die Testamentsvollstrecker sich nicht von Amts wegen in deren Geschäftsführungstätigkeit einmischen kann und darf, ist die grundlegende Voraussetzung für dessen Einschaltung die Beachtung des Antragserfordernisses.

(1) Antragsberechtigte

Fraglich ist zunächst der zur Antragsstellung vor dem Nachlaßgericht berechtigte Personenkreis.

²²⁶ Vgl. Pikalo, in: NJW 1955, 1175.

(a) Mitvollstrecker

Unstreitig ergibt sich aus dem Grundsatz der materiellrechtlichen Betroffenheit die Antragsberechtigung der Mitvollstrecker. Auf der anderen Seite ist eindeutig, daß der andere Teil des in Frage stehenden Rechtsgeschäfts jedenfalls kein Antragsrecht hat, da er kein echtes rechtliches Interesse, sondern lediglich ein wirtschaftliches Interesse, bezüglich des Nachlasses hegt.

(b) Sonstige Beteiligte

Streitig ist hingegen, ob auch anderen Beteiligten ein Antragsrecht zusteht. In Betracht kommen dabei in erster Linie die Erben, Vermächtnisnehmer und Pflichtteilsberechtigten.

(aa) Argumente für ein Antragsrecht

Dafür spricht²²⁷ vor allem, daß auch sie hinsichtlich des Nachlasses materiell Beteiligte sind. Denn nach den prozessualen Grundsätzen des Zivilrechts steht, wenn der Kreis der Antragsberechtigten nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist, die Antragsberechtigung jedem materiell Beteiligten zu. Dies gilt auch für die freiwillige Gerichtsbarkeit.²²⁸ Materielle Beteiligung im prozeßrechtlichen Sinn ist hierbei dann zu bejahen, wenn die Rechte und Pflichten einer natürlichen oder juristischen Person durch die erstrebte gerichtliche Entscheidung unmittelbar berührt werden können.²²⁹ Da die gerichtliche Entscheidung eine streitige Maßnahme der Verwaltung des Nachlasses zum Gegenstand hat, werden die Rechte und Pflichten der Erben, Vermächtnisnehmer und Pflichtteilsberechtigten hinsichtlich des Nachlasses tatsächlich unmittelbar berührt, weshalb sie die gestellten Anforderungen erfüllen. Würde man ihnen dennoch kein eigenes Antragsrecht zubilligen, müßten sie bei Untätigkeit der Vollstrecker trotz bestehender Meinungsverschiedenheit, um eine Gefährdung des Nachlasses aufgrund der mit der Uneinigkeit der Vollstrecker einhergehenden Lähmung der Verwaltung zu verhindern, die

²²⁷ So Haegele/Winkler, Rn. 679; Keidel/Kuntze/Winkler, § 82 Rn. 3; Münchener Kommentar/Brandner, § 2224 Rn. 13; RGRK/Kregel, § 2224 Rn. 5; Staudinger/Reimann, § 2224 Rn. 25.

²²⁸ Vgl. Keidel/Kuntze/Winkler, § 12 Rn. 29; Jansen, Vor §§ 8-18 Rn. 14.

²²⁹ Vgl. BayObLG NJW-RR 1990, 52.

Vollstrecker auf Antragsstellung verklagen. Steht ihnen dieses Recht zu, ist aber schon aus Gründen der Prozeßökonomie nicht einzusehen, warum sie nicht gleich selbst den Antrag auf Entscheidung des Nachlaßgerichts stellen können.

(bb) Argumente gegen ein Antragsrecht

Gegen eine Erweiterung der Antragsberechtigung über die Vollstrecker hinaus auf sonstige materiell Beteiligte spricht²³⁰, daß das Vorliegen einer Meinungsverschiedenheit eigentlich nur von den Personen selbst beurteilt werden kann, deren Meinungen sich gegenüberstehen. Für einen bezüglich der gemeinschaftlichen Verwaltung der Testamentsvollstrecker außenstehenden Erben, Vermächtnisnehmer oder Pflichtteilsberechtigten wird es nämlich schwerlich einzuschätzen sein, ob sich die Vollstrecker noch in einem durch den Austausch von entgegengesetzten Argumenten geprägten Entscheidungsfindungsprozeß aufhalten oder ob tatsächlich eine durch die Vollstrecker selbst unauflösbare Meinungsverschiedenheit vorliegt, welche die Entscheidung des Nachlaßgerichts wirklich erfordert.

Dies droht zudem den Zweck der gemeinschaftlichen Amtsführung mehrerer Testamentsvollstrecker zu konterkarieren, der darin liegt, durch umfassende Beratung und Meinungsaustausch zu einer ausgewogenen Entscheidung zu gelangen. Bei Gewährung eines Antragsrechts an weitere Personen droht nämlich eine verfrühte Anrufung des Nachlaßgerichts, sobald sich gegensätzliche Meinungen gegenüberstehen, die aber möglicherweise noch argumentativ oder durch Finden eines Kompromisses gelöst werden könnten, was dem Kollegialprinzip wesentlich gerechter wird als eine gerichtliche Entscheidung auf Druck Außenstehender. Ansonsten könnten die anderen Beteiligten auch über das Instrument der Anrufung des Nachlaßgerichts mittelbar auf die Vorgänge bei der Willensbildung der Vollstrecker untereinander einwirken, was dem dargelegten gesetzlichen Leitbild²³¹ eindeutig widerspricht.

Vielmehr schließt dieses bewußt die Erben aus, indem es die Verwaltung des Nachlasses dem ausschließlichen Wirkungskreis der Testamentsvollstrecker zuordnet. Zum Ausdruck kommt dies am deutlichsten durch die Regelungen der §§ 2211, 2212, die es dem Erben

²³⁰ So Jansen, § 82 Rn. 6, Soergel/Damrau, § 2224 Rn. 13; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, Rn. 219.

²³¹ Siehe oben S. 91.

nicht nur untersagen über einen der Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlaßgegenstand zu verfügen, sondern sogar die gerichtliche Geltendmachung von diesbezüglichen Rechten ausschließen. Ist den Erben aber der Weg zum Prozeßgericht bezüglich des zu verwaltenden Nachlasses gegen die Testamentsvollstrecker derart versperrt, muß dies a fortiori für die Meinungsverschiedenheiten der Vollstrecker untereinander bezüglich Zweckmäßigkeitsfragen der Verwaltung gelten.

(cc) Stellungnahme

Die Argumente gegen ein Antragsrecht sonstiger Beteiligten sind vorzugswürdig. Sie vermögen für die besondere Situation der Meinungsverschiedenheit innerhalb des Testamentsvollstreckerorgans nach Sinn und Systematik der gesetzlichen Regelung den allgemeinen prozessualen Grundsatz der materiell-rechtlichen Betroffenheit zu entkräften und eine Ausnahme zu diesem Grundsatz zu rechtfertigen.

Überdies drohten bei einer Entscheidung des Nachlaßgerichts auf Antrag eines sonstigen materiell Beteiligten Widersprüche bezüglich der Rechtskraft. Denn der Testamentsvollstrecker dessen Meinung verworfen wird, wäre durch die Entscheidung des Nachlaßgerichts nur dem Antragssteller, nicht aber den anderen Mitvollstreckern gegenüber gebunden.²³² Folglich sollte die Einwirkungsmöglichkeit des Nachlaßgerichts auf die Fälle beschränkt sein, bei denen die Verwaltungstätigkeit aufgrund unüberbrückbarer Meinungsverschiedenheiten der Gefahr der Handlungsunfähigkeit begegnet, was aber eben nur der Einschätzung der Vollstrecker selbst obliegen kann. Konsequenz dieser Ansicht ist, daß den anderen Beteiligten - sofern kein Vollstrecker den Antrag nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 stellt – nur die Möglichkeit verbleibt, die Vollstrecker auf Stellung des Antrags aus ihrer Pflicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung nach § 2216 vor dem Prozeßgericht zu verklagen.

Antragsberechtigt, eine Entscheidung des Nachlaßgerichts über eine zwischen ihnen bestehende Meinungsverschiedenheit herbeizuführen, sind somit alleine die Mitvollstrecker selbst.

²³² Vgl. Soergel/Damrau, § 2224 Rn. 13.

(2) Ausübung durch die Mitvollstrecker

Problematisch könnte des weiteren sein, ob das Antragsrecht nur gemeinschaftlich oder von jedem einzelnen Mitvollstrecker allein ausgeübt werden kann.

Grundsätzlich steht bei einer Mehrheit von Antragsberechtigten jedem einzelnen selbständig ein Antragsrecht zu. Die Verpflichtung zur gemeinsamen Ausübung stellt die Ausnahme dar und bedarf deshalb einer besonderen Rechtfertigung.²³³ In der Regel wird sie deshalb durch den ausdrücklichen Gesetzeswortlaut - wie etwa in § 2062 für den Antrag auf Nachlaßverwaltung durch die Erben - klargestellt.

Hier könnte sich das Erfordernis folglich aus dem gesetzlichen Gebot der gemeinschaftlichen Amtsführung nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ableiten lassen, dessen systematisch enger Zusammenhang zu Hs. 2 ja bereits dargelegt worden ist. Da das Antragsrecht gerade auf ihrem rechtlichen Interesse als Vollstrecker beruht, stellt die Antragsstellung auf Entscheidung des Nachlaßgerichts auch eine Maßnahme dar, die zur Amtsführung der Testamentsvollstrecker gehört und somit grundsätzlich in Gesamtvertretung zu geschehen hat. Indem aber die Einräumung einer Entscheidungsbefugnis an das Nachlaßgericht eine Durchbrechung des Gemeinschaftlichkeitsgrundsatzes zur Sicherung der Handlungsfähigkeit des Testamentsvollstreckerorgans darstellt, würde dies nahezu komplett ausgehöhlt, wenn über das Erfordernis einer gemeinsamen Antragsstellung der Gemeinschaftlichkeitsgrundsatz wieder volle Geltung erlangt. Denn bereits bei Weigerung der Antragsstellung durch einen Mitvollstrecker wäre die Verwaltungstätigkeit bezüglich der streitigen Maßnahme dann lahmgelegt. Mit anderen Worten würde die Anrufung des Nachlaßgerichts bereits an der Sturheit eines Vollstreckers zu scheitern drohen. Dies ist mit Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung nicht in Einklang zu bringen, weshalb es beim verfahrensrechtlichen Grundsatz des selbständigen Antragsrechts jedes einzelnen dazu Berechtigten bleibt.

²³³ Vgl. Keidel/Kuntze/Winkler, § 12 Rn. 33 f.; Jansen, Vor §§ 8-18 Rn. 14.

cc) Entscheidungsmöglichkeiten des Nachlaßgerichts

Das Nachlaßgericht kann in seiner Entscheidung der Ansicht eines oder einer Gruppe von Vollstreckern stattgeben oder sämtliche Anträge zurückweisen und sich somit keiner Meinung anschließen.²³⁴

Fraglich ist aber, ob und gegebenenfalls wie weit dem Nachlaßgericht eine selbständige Entscheidungsbefugnis zusteht, also insbesondere ob es sich für eine Meinung entscheiden kann, die von keinem Mitvollstrecker vertreten wird.

(1) Bestehen einer grundsätzlich selbständigen Entscheidungsbefugnis

Die grammatikalische Auslegung der Vorschrift anhand des Wortes „entscheidet“ läßt zumindest beide Schlüsse zu. Auch wenn Schaub²³⁵ zuzugestehen ist, daß eine Entscheidung in der Regel für oder gegen einen Vorschlag ausfällt und nicht die Wahl einer eigenen Lösung impliziert, wozu bei entsprechender Intention die Verwendung des Wortes „bestimmen“ durch den Gesetzgeber angezeigt gewesen wäre.

Systematisch kann die entsprechende Regelung im Vormundschaftsrecht für die Meinungsverschiedenheit mehrerer Vormünder nach § 1797 Abs. 1 S. 2 herangezogen werden, zu der sich der Gesetzgeber²³⁶ dahingehend festgelegt hat, daß das Vormundschaftsgericht nur befugt sei, der Ansicht eines der Beteiligten beizutreten, aber nicht eine neue Ansicht aufzustellen. Denn gerade in Zweckmäßigkeitsfragen der Verwaltung solle der Selbständigkeit der Amtsführung der Vormünder Vorrang vor einer nicht unbedingt notwendigen richterlichen Einmischung zukommen. Mit der selbständigen Entscheidung über Art und Weise der Erledigung der Verwaltungsmaßnahmen seien allein die bestellten Vormünder und nicht das Gericht betraut.

Da die Regelung des § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 in Anlehnung an die vormundschaftliche Gesetzesnorm durch Reichstagsvorlage Eingang in das Bürgerliche Gesetzbuch gefunden hat, steht der Übertragung dieser Ansicht des Gesetzgebers grundsätzlich auch nichts entgegen. Vielmehr wird es im Vergleich zur Vormundschaftssituation bei der

²³⁴ Vgl. KG JW 1936, 1016.

²³⁵ Vgl. Schaub, in: DJZ 1908, 700.

²³⁶ Vgl. Motive IV, 1094; Denkschrift zum Entwurf des BGB, Familienrecht, XV 2, S. 360.

Testamentsvollstreckung noch schwerer fallen, Gründe für eine gerichtliche Einmischung in die Verwaltung zu finden²³⁷, da die Vollstrecker nach dem Erblasserwillen ausdrücklich und allein damit betraut sein sollen. Könnte das Nachlaßgericht eine selbständige Entscheidung treffen, käme das im Ergebnis einer Aufsichtsstellung über das Testamentsvollstreckergrremium nahe, die ihm aber nicht zusteht und überdies die hinter dem Antragserfordernis stehenden Wertungen unterlaufen würde. Denn auch im Rahmen eines Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit begrenzt der als Sachantrag gestellte Antrag grundsätzlich die Entscheidung dahin, daß das Gericht nur entweder dem Antrag ganz oder teilweise entsprechen oder ihn zurückweisen kann.²³⁸

Bleibt der Einwand, es müsse doch zumindest für den Fall der Ungesetzmäßigkeit sämtlicher Vorschläge, durch Möglichkeit einer selbständigen Entscheidung des Gerichts verhindert werden können, daß sich der Richter sehenden Auges für eine gesetzeswidrige Maßnahme entscheiden müsse.²³⁹ Diesem kann aber entgegnet werden, daß der Richter dann eben gegen sämtliche Vorschläge zu entscheiden hat, indem er den gestellten Antrag zurückweist²⁴⁰. Schlicht falsch wäre deshalb auch die Aussage, der Richter des Nachlaßgerichts müsse sich im Rahmen des § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 stets für eine der von den Vollstreckern geäußerten Ansichten entscheiden. Genauso kann sich der Richter umgekehrt nämlich auch für die Ausführung mehrerer Vorschläge entscheiden, etwa wenn die Vollstrecker dem Irrtum unterliegen, die Umsetzung ihrer Ansicht alleine genüge.

(2) Selbständige Entscheidungsbefugnis bei unwesentlichen Abweichungen ?

Nach einer vermittelnden Ansicht sollen sogenannte „unwesentliche“ Abweichungen durch die Entscheidung des Gerichts zulässig sein.

(a) Entscheidung des OLG München

Grundlegend wird beispielhaft auf einen in diesem Zusammenhang ergangenen Beschluß

²³⁷ Vgl. Motive V, 223.

²³⁸ Vgl. Keidel/Kuntze/Winkler, § 12 Rn. 23.

²³⁹ Vgl. Dernburg, Kap. IV § 105 III.

²⁴⁰ So bereits KG JW 1936, 1016.

des OLG München²⁴¹ verwiesen:

Im zugrundeliegenden Fall wollten die Vollstrecker den in festverzinslichen Wertpapieren und Aktien angelegten der Testamentsvollstreckung unterworfenen Teil des Nachlasses aufgrund rückläufiger Erträge in den letzten Jahren mit höherer Rendite neu anlegen. Einer der beiden Vollstrecker, A, schlägt deshalb den Kauf einer Immobilie in F. vor, zieht aber auch noch drei weitere Städte in Erwägung. Der andere Mitvollstrecker B lehnt F. als Standort ab, äußert aber auch Bedenken gegen alle anderen Städte. Aufgrund dieser Meinungsverschiedenheit stellt A den Antrag nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2. Im Anschluß an die ablehnende Entscheidung des Amtsgerichts erklärt auf Beschwerde der A das Landgericht den B für verpflichtet, unter der Voraussetzung einer in den letzten drei Jahren erzielten Nettorendite von 13 % des Einheitswerts dem Kauf eines Hauses in einer der vier Städte zuzustimmen, obwohl dieses Kriterium explizit in keinem der Vorschläge enthalten war.

Infolge der durch beide Vollstrecker eingelegten weiteren Beschwerde beim OLG München kam dieses zum Schluß, daß an die Entscheidung des Nachlaßgerichts nach Sinn und Zweck des § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 kein zu strenger Maßstab anzulegen sei. Insbesondere müsse der Richter sich nicht in allen Detailfragen einer der vorgeschlagenen Testamentsvollstreckeransichten anschließen. Vergleichend weist es hierzu auf die Möglichkeit des Prozeßgerichts hin, einem Klageantrag nur teilweise stattzugeben und ihn im übrigen abzuweisen. Dann müsse es doch auch dem Nachlaßrichter gestattet sein, zumindest in untergeordneten Punkten Modifizierungen vorzunehmen, um den Bedenken beider Seiten gerecht werden zu können. Beispielhaft wird der Streit um die Höhe eines in Frage stehenden Kaufpreises angeführt, bei dem es offensichtlich sinnvoll erscheine dem Nachlaßgericht zumindest einen Spielraum zwischen dem niedrigsten und dem höchsten von den Vollstreckern vorgeschlagenen Betrag einzuräumen, statt es auf eine der genannten Summen festzunageln. Dies solle dann entsprechend für die Verhandlungsgrundlagen bezüglich eines in Betracht kommenden rechtsgeschäftlichen Erwerbs gelten, wenn über das grundsätzlich damit verfolgte Ziel, hier die Erzielung einer höheren Rendite kein Streit herrscht, auch wenn das vom Beschwerdegericht konkret gewählte Kriterium als ungeeignet verworfen wurde. Mithin solle keine unzulässige, weil von den Vorschlägen der Mitvollstrecker abweichende Entscheidung des Gerichts vorliegen, solange die

²⁴¹ Vgl. OLG München JFG 15, 344.

Modifizierungen sich lediglich auf Punkte von untergeordneter Bedeutung beziehen, an sich aber der geäußerten Ansicht eines Vollstreckers entsprechen.

(b) Stellungnahme

Die Probleme dieser Ansicht für die Rechtsanwendung in der Praxis liegen auf der Hand. Es ist die Frage einer Rechtssicherheit gewährenden Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Abänderungen durch das Nachlaßgericht.

Abzuwägen gilt es deshalb die Vorteile einer zugegebenermaßen flexibleren Handhabung der Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten durch das Nachlaßgericht mit den daraus sich ergebenden Unsicherheiten für die Beteiligten. Zu berücksichtigen ist des weiteren, daß auch hier wieder eine dem Gesetzeszweck widerstrebende Aufweichung des selbständigen Verwaltungsrechts der Vollstrecker durch Einmischung des Nachlaßgerichts droht. Auf der anderen Seite zeigt gerade das gewählte Beispiel des streitigen Geldbetrags, daß eine zu formalistische Betrachtung der Entscheidungsbefugnis einer sinnvollen Lösung der vorliegenden Meinungsverschiedenheit durch einen Kompromiß auch durchaus im Wege stehen kann.

Dem Nachlaßgericht die Wahl geeigneter Verhandlungsgrundlagen zu überlassen, selbst wenn diese mit dem Ziel der Vollstrecker übereinstimmt, geht aber m.E. nach zu weit. Denn es ist gerade die originäre Aufgabe der Testamentsvollstrecker über die Art und Weise der Anlage von Nachlaßgeldern zu entscheiden und es obliegt nur dem Erblasser selbst, den Vollstreckern Entscheidungskriterien hierzu vorzugeben, aber jedenfalls nicht dem Nachlaßgericht. Es liegt deshalb vielmehr am einzelnen Vollstrecker, seinen Vorschlag entsprechend mit Argumenten zu versehen, daß sich das Gericht dann auf eines dieser berufen und notfalls auch geringfügig - aber stets auf der Basis des konkreten Vorschlags - modifizieren kann, statt vom Nachlaßgericht die Suche eines handhabbaren Kriteriums für eine an sich vernünftige Verwaltungsmaßnahme zu erwarten.

(3) Ergebnis

Damit bleibt es bei der Einschränkung der Entscheidungsbefugnis des Nachlaßgerichts dahingehend, daß es entweder dem Antrag eines beziehungsweise mehrerer Mitvollstrecker stattzugeben oder diesen abzuweisen hat.

dd) Wirksamkeit der Entscheidung

(1) Grundsatz

Was die rechtliche Wirksamkeit der nachlaßgerichtlichen Entscheidung betrifft, ist folgendermaßen zu differenzieren:

Grundsätzlich wird sie sofort mit Bekanntmachung gemäß § 16 Abs. 1 FGG wirksam.

Erfolgt aber eine Verfügung, welche die Vornahme eines streitigen Rechtsgeschäfts zum Gegenstand hat, tritt gemäß §§ 82 Abs. 2, 53 Abs. 1 S. 1 FGG Wirksamkeit erst mit der Rechtskraft der Entscheidung ein. Der Zweck der Verschiebung der Wirksamkeit auf diesen späteren Zeitpunkt ist es, Rechtssicherheit vor allem in Bezug auf Dritten gegenüber infolge der Entscheidung vorgenommene Rechtshandlungen zu gewährleisten, die, solange noch eine Rückgängigmachung der erlassenen Verfügung möglich ist, gefährdet wäre.²⁴²

Ausnahmsweise kann der Richter bei Gefahr im Verzug aber nach § 53 Abs. 2 FGG die sofortige Wirksamkeit, das heißt mit Bekanntmachung an den Antragssteller, anordnen.

(2) Bei Wegfall bis auf einen

Fraglich ist allerdings, welche Auswirkungen es hat, wenn sich die Meinungsverschiedenheit infolge des Wegfalls von Mitvollstreckern bis auf einen nach getroffener Entscheidung des Nachlaßgerichts aber noch vor dem Eintritt der Rechtswirksamkeit erledigt.

²⁴² Vgl. Keidel/Kuntze/Winkler/Engelhardt, § 53 Rn. 1.

Für ein Versagen der Wirksamkeit spricht hier die Vergleichbarkeit mit dem Wegfall zwischen Antragsstellung und Entscheidung, welche, wie dargelegt²⁴³, die Entscheidungsbefugnis mangels fortbestehender Meinungsverschiedenheit entfallen läßt. Angesichts der Tatsache, daß die Verfügung bevor sie erlassen ist, das heißt vor dem Zeitpunkt, an dem sie zur Kenntnis von Personen außerhalb des Gerichts hinausgegeben worden ist²⁴⁴, durch den Richter noch ohne jegliche Einflußmöglichkeiten der Beteiligten verändert werden kann, ist die veränderte Rechtslage durch Wegfall der Mitvollstrecker und damit der Meinungsverschiedenheit als Entscheidungsgrundlage auch noch bis zur erfolgten Bekanntmachung berücksichtigungsfähig. Da es aber in der Regel eine Frage des Zufalls sein wird, ob sich der Wegfall noch vor der Entscheidungsfindung oder unmittelbar danach ereignet, sollten diese Fälle auch einer einheitlichen Lösung zugeführt werden.²⁴⁵ Ist die Entscheidung dagegen nach erfolgter Bekanntmachung einmal rechtswirksam geworden, bleibt im Interesse der Rechtssicherheit für eine Änderung kein Raum mehr, weshalb aber auch erst dieser Zeitpunkt als Zäsur gesehen werden sollte. Folglich ist die oben²⁴⁶ getroffene Aussage, daß bis zum Zeitpunkt der Entscheidung das Fortbestehen einer Meinungsverschiedenheit zwingende Voraussetzung ist, dahingehend zu präzisieren, daß der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Entscheidung ausschlaggebend ist.

ee) Wirkung der Entscheidung

Fraglich ist die Wirkung der Entscheidung des Nachlaßgerichts auf die Testamentsvollstrecker, insbesondere auf diejenigen, welche eine Ansicht vertreten haben, der sich das Nachlaßgericht nicht angeschlossen hat. Der Beschluß könnte dahingehend wirken, daß diese Vollstrecker zur Zustimmung verpflichtet werden, oder es könnte ihm direkt ersetzende Wirkung zukommen.

Davon hängt auch die richtige Tenorierung der Entscheidung ab. In erstem Fall würde der Beschluß etwa lauten: „Der Testamentsvollstrecker X hat der vom Testamentsvollstrecker Y

²⁴³ Siehe oben S. 98 f.

²⁴⁴ Vgl. BGH NJW 1976, 1415; 1982, 888.

²⁴⁵ Vgl. Josef, in: Sächsisches Archiv für Rechtspflege 1915, 25 (29).

²⁴⁶ Siehe oben S. 99.

ins Auge gefaßten Maßnahme (...) zuzustimmen“²⁴⁷ oder „Der Meinung des Testamentsvollstreckers X, daß er befugt sei, (...), wird beigetreten“²⁴⁸. Will man hingegen dem Beschluß ersetzende Wirkung zukommen lassen, wird die Tenorierung beispielsweise lauten: „Der Testamentsvollstrecker X ist berechtigt, die Maßnahme (...) vorzunehmen“²⁴⁹.

(1) Argumente für verpflichtende Wirkung

Gegen eine unmittelbar ersetzende Wirkung der Entscheidung spricht, daß der BGB-Gesetzgeber für den Fall der beabsichtigten zustimmungsersetzenden Wirkung dies im Rahmen der vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung dann auch immer ausdrücklich geregelt hat, wie aus den §§ 1365 Abs. 2, 1369 Abs. 2, 1426, 1430, 1452 und 1803 Abs. 3 ersichtlich wird. In all diesen Regelungen wächst, indem das Vormundschaftsgericht an die Stelle des die erforderliche Zustimmung verweigernden Teils tritt, dem Gericht eine aktive Rolle im Rahmen des vorzunehmenden Rechtsgeschäfts zu. Ob eine damit vergleichbare Einschaltung des Nachlaßgerichts in rechtsgeschäftliche Vorgänge des Testamentsvollstreckergremiums durch § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 bezweckt ist, läßt sich aus dessen in Relation zurückhaltendem Wortlaut indes nicht entnehmen.

Die dort gewählte Formulierung spricht vielmehr für eine Art schiedsrichterliche Stellung des Nachlaßgerichts - vergleichbar etwa mit einer Schlichtungsstelle²⁵⁰ - dergestalt, daß es zwar die Durchführung einer als zweckmäßig erkannten vorgeschlagenen Verwaltungsmaßnahme anordnen, jedoch nicht die dazu erforderlichen rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen der Mitvollstrecker ersetzen kann. Die in Frage stehende Kompetenz des Nachlaßgerichts stellt sich mithin wiederum vergleichbar mit der entsprechenden Regelung für mehrere Vormünder in § 1797 Abs. 2 dar²⁵¹. Auch hier muß es demnach selbst nach ergangener Entscheidung des Nachlaßgerichts zu deren Umsetzung beim Gesamtvertretungsgrundsatz bleiben.

²⁴⁷ Muster aus Firsching, Rn. 168.

²⁴⁸ Ders., Rn. 169.

²⁴⁹ Vgl. Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, Rn. 222.

²⁵⁰ Vgl. KG DR 1943, 353.

²⁵¹ Allerdings ist auch im Rahmen des § 1797 Abs. 2 die Wirkung der Entscheidung umstritten, so sprechen sich dort für eine ersetzende Wirkung u.a. aus : Soergel/Zimmermann, § 1797 Rn. 3, Schlegelberger, § 53 Bem. 2, dagegen plädieren u.a.: Staudinger/Engler, § 1797 Rn. 37; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 70 VI 4.

Dies hat zur Folge, daß, wenn ein Mitvollstrecker sich trotz der ergangenen nachlaßgerichtlichen Entscheidung weigert, an der umstrittenen Maßnahme mitzuwirken – außer es liegt ein Fall einer notwendigen Erhaltungsmaßnahme nach § 2224 Abs. 2 vor –, dieser vor dem Prozeßgericht auf Zustimmung verklagt und gegebenenfalls dann erst aus diesem Urteil nach § 894 ZPO mit zustimmungsersetzender Wirkung vollstreckt werden muß. Als einziger Wermutstropfen für diese langwierige Umsetzung bleibt, daß sich der weigernde Mitvollstrecker in der Regel nach § 2219 Schadensersatzpflichtig macht.

(2) Argumente für ersetzende Wirkung

Gegen diese Lösung und für eine zustimmungsersetzende Wirkung der nachlaßgerichtlichen Entscheidung sprechen in erster Linie prozeßökonomische Erwägungen. Denn bei ersterer Alternative droht die Befassung mit derselben Angelegenheit durch Nachlaß- und Prozeßgericht. So müßte etwa das Prozeßgericht neue Einwendungen des sich weigernden Testamentsvollstreckers voll umfänglich prüfen.

Zimmermann²⁵² weist zudem darauf hin, daß die neuere Gesetzgebung eine doppelte Befassung durch ein Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit und das Prozeßgericht gezielt verhindert, indem ersterem durch Schaffung des § 56g FGG die Möglichkeit eingeräumt wird, Vollstreckungstitel auszusprechen.

Unter systematisch-verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten gewinnt zudem § 82 Abs. 2 FGG in diesem Zusammenhang an Bedeutung, der auf eine Verfügung des Nachlaßgerichts nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 ausdrücklich § 53 FGG für entsprechend anwendbar erklärt. Letzterer betrifft aber ausschließlich die Rechtskraft zustimmungsersetzender Entscheidungen, was für die rechtliche Einordnung auch der nachlaßgerichtlichen Entscheidung unter diese spricht.

(3) Stellungnahme

Die Argumente für eine verpflichtende Wirkung der nachlaßgerichtlichen Entscheidung vermögen nicht zu überzeugen. Die grundsätzlichen systematischen Parallelen zur vormundschaftsgerichtlichen Regelung sind zwar vorhanden, eine Übertragung ohne

²⁵² Vgl. Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, Rn. 222.

tatsächliche teleologische oder historische Anhaltspunkte für diese spezielle Rechtsfrage ist aber schon aufgrund der vorhandenen Wesensunterschiede beider rechtlichen Institute keineswegs zwingend, zumal die Frage auch im Rahmen des Vormundschaftsrechts wie gesehen keineswegs unumstritten ist.

Vielmehr greifen hier bei einer im Kern verfahrensrechtlichen Frage die prozeßökonomischen Erwägungen durch, umso mehr als auch teleologische Gesichtspunkte und vor allem die sachgerechte Lösung für eine zustimmungsersetzende Wirkung sprechen. Denn es erscheint mit dem Sinn und Zweck der Regelung des § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, die Meinungsverschiedenheit gerichtlich aufzulösen, um eine möglichst rasche und reibungslose Fortführung der Verwaltung zu ermöglichen, nicht zu vereinbaren, daß der oder die vor dem Nachlaßgericht unterlegenen Mitvollstrecker den oder die Obsiegenden auf die weitere Beschreitung des Prozeßrechtswegs nötigen können. Sachgerecht ist es deshalb zur Ermöglichung der Verwaltungsweiterführung durch die Testamentsvollstrecker im Interesse des Nachlasses und damit auch des Erblassers und der Erben, daß die Mitvollstrecker, deren Ansicht das Nachlaßgericht beigetreten ist, auch ohne die Mitwirkung sich weigernder anderer Mitvollstrecker die Maßnahme nach außen wirksam durchführen können.

In der Folge ist der nachlaßgerichtlichen Entscheidung nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 zustimmungsersetzende Wirkung beizumessen.

ff) Gebundener Personenkreis

Nach Darstellung der Wirkung der nachlaßgerichtlichen Entscheidung auf das Testamentsvollstreckerghremium, namentlich deren Umsetzung durch die Vollstrecker, stellt sich als weitere Frage die des durch die Entscheidung insgesamt gebundenen Personenkreises.

Die Bindungswirkung bezüglich der Mitvollstrecker ergibt sich bereits aus ihrer verfahrensrechtlichen Stellung als unmittelbar Beteiligte vor dem Nachlaßgericht.

Nicht so eindeutig stellt sich die Situation allerdings bezüglich Dritter, insbesondere wiederum der hinsichtlich des Nachlasses materiell Berechtigten – Erben, Vermächtnisnehmer und Nachlassgläubiger – dar.

Führt man sich nochmals Sinn und Zweck der nachlaßgerichtlichen Entscheidung vor Augen, Meinungsverschiedenheiten zu klären, die die Fortsetzung der gemeinschaftlichen Amtsführung gefährden, ohne sich als Kläger und Beklagter vor dem Prozeßgericht gegenüberstehen zu müssen, lassen sich daraus aber die entscheidenden Rückschlüsse ziehen. Aufgabe des Nachlaßgerichts kann und darf es daher lediglich sein, auf die Schlichtung des Streits zwischen den Vollstreckern hinzuwirken; und selbst in Hinblick auf diese ist wie gesehen fraglich, ob der Entscheidung des Nachlaßrichters unmittelbare Wirkung zukommt. Eine Bindungswirkung Dritten gegenüber ist aus diesem Grund heraus weder notwendig noch geboten, zumal der richtige Ort für bindende Entscheidungen zwischen Testamentsvollstreckern und Dritten grundsätzlich das Prozeßgericht ist, dessen Kompetenzen ansonsten in unzulässigerweise beschnitten zu werden drohen. Dritten gegenüber kann der Entscheidung des Nachlaßgerichts deshalb keine stärkere Wirkung zukommen als einer einstimmig getroffenen Entscheidung der Mitvollstrecker. Insbesondere steht den Dritten der Rechtsweg zum Prozeßgericht offen, etwa durch die Erben eine Klage auf Schadensersatz nach § 2219 Abs. 2 aufgrund negativer Folgen der nachlaßgerichtlich bestätigten Verwaltungsmaßnahme, was aber für den Fall gegenläufiger Entscheidungen durch Nachlaß- und Prozeßgericht im Hinblick auf Rechtssicherheit und Einheit der Rechtsordnung als Kehrseite der mangelnden Bindungswirkung zu Nachteil gereichen kann. Diese Ambivalenz der nachlaßgerichtlichen Entscheidung wird vor dem Hintergrund verständlich, daß es sich bei dem Verfahren nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 um ein sogenanntes echtes Streitverfahren innerhalb der Freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt, das heißt eigentlich privatrechtliche Streitigkeiten werden aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesen. Charakteristisch ist hierbei, daß sich Gruppen von Beteiligten mit entgegengesetzten Interessen gegenüberstehen und der Richter sodann über die in Frage stehenden subjektiven Rechte entscheidet. Die Entscheidung in einem solchen kontradiktorischen Verfahren kann aber grundsätzlich nur mit Bindungswirkung inter partes ergehen. Dritte sind indes, wie oben gesehen, gerade keine denkbaren Verfahrensbeteiligten. Mithin kann die eingeschränkte Bindungswirkung der Entscheidung als denkbare notwendige Folge des engen Aufgabenbereichs und insbesondere als Korrelat zum auf die Testamentsvollstrecker eingegrenzten Kreis der Antragsberechtigten gesehen werden. Es wäre auch nicht einzusehen, warum ein Dritter, der selbst aktiv keinen

Einfluß auf den Verfahrensverlauf nehmen kann, dennoch durch die Entscheidung gebunden werden sollte.

Die Bindungswirkung der Entscheidung des Nachlaßgerichts nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 erfaßt somit allein die Mitvollstrecker.

gg) Beschwerdeberechtigung gegen die Entscheidung

Ist die Entscheidung des Nachlaßgerichts einmal wirksam ergangen, stellt sich die Frage ihrer Angreifbarkeit durch Beschwerde.

(1) Beschwerdeberechtigung der Testamentsvollstrecker

Zunächst sollen hier die Anforderungen an die Beschwerdeberechtigung der einzelnen Mitvollstrecker untersucht werden.

(a) Unterscheidung nach Entscheidungsinhalt

Hinsichtlich der Beschwerdeberechtigung der Mitvollstrecker gegen eine ergangene Entscheidung des Nachlaßgerichts muß nach deren Inhalt differenziert werden.

Ist der gemäß § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 gestellte Antrag abgewiesen worden, bestimmt sich die Berechtigung nach §§ 19, 20 Abs. 2 FGG, das heißt allein der Antragssteller selbst kann Beschwerde einlegen.

Trifft der Richter des Nachlaßgerichts hingegen eine Entscheidung, die eine Anordnung bezüglich der Meinungsverschiedenheit enthält, greifen §§ 19, 20 Abs. 1 FGG ein, wonach jeder beschwerdeberechtigt ist, soweit nur sein Recht durch die Anordnung beeinträchtigt ist. § 82 Abs. 1 Alt. 2 FGG stellt ergänzend klar, daß jedem einzelnen Mitvollstrecker selbständig ein Beschwerderecht zusteht.

(b) Statthaftigkeit

Statthaft ist grundsätzlich die einfache unbefristete Beschwerde nach § 19 Abs. 1 FGG.

Ausnahmsweise ergibt sich für den Fall der Entscheidung über die Vornahme eines Rechtsgeschäfts aus der Verweisung durch § 82 Abs. 2 FGG auf § 53 FGG die Wirksamkeit der gerichtlichen Verfügung erst mit Rechtskraft und folglich in Verbindung mit dem weiteren Verweis auf die entsprechende Anwendbarkeit des § 60 Abs. 1 Nr. 6 FGG die Statthaftigkeit der sofortigen Beschwerde. Dies gilt selbst dann, wenn der Richter gemäß § 53 Abs. 2 S. 1 FGG aufgrund von Gefahr im Verzug die sofortige Wirksamkeit, also ab Bekanntmachung an den Antragssteller, anordnet, weil diese isoliert nicht anfechtbar ist²⁵³. Die Statthaftigkeit der sofortigen Beschwerde ist in diesen Fällen auch unabhängig davon gegeben, ob die in Frage stehende Vornahme des Rechtsgeschäfts zurückgewiesen oder gebilligt wird. Da Meinungsverschiedenheiten im Rahmen der Verwaltung des Nachlasses in erster Linie die Vornahme von Rechtsgeschäften, wie beispielhaft etwa den Verkauf eines Nachlaßgegenstandes oder die Kündigung eines Mieters, betreffen werden, bleibt für die einfache Beschwerde tatsächlich nur noch ein enger Anwendungsbereich. Als Beispiele kommen Streitigkeiten über die Bestattung oder die Verwahrung eines literarischen Nachlasses entsprechend dem Erblasserwillen in Betracht²⁵⁴. Ihre Frist beträgt gemäß § 22 Abs. 1 FGG zwei Wochen ab Bekanntmachung.

(2) Beschwerdeberechtigung Dritter

Auch im Rahmen der Beschwerde stellt sich die Frage der Berechtigung Dritter zu deren Einlegung.

(a) Ansicht Winklers und Reimanns

Nach der Ansicht Winklers²⁵⁵ kann die Beschwerdeberechtigung Dritter, zum Beispiel des Erben, schon aufgrund der ausdrücklichen Bestimmung des § 20 Abs. 1 FGG nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden, da etwa eine mögliche Beeinträchtigung der Rechte

²⁵³ Vgl. BGHZ 42, 223; BayObLGZ 1987, 171 (173): eine isolierte Anfechtbarkeit wäre mit dem Zweck der einstweiligen Anordnung, bis zum formell rechtskräftigen Abschluß des Verfahrens einen gesicherten Bestand zu schaffen, unvereinbar und es fehlt aufgrund der Befugnis des Rechtsmittelgerichts, seinerseits eine einstweilige Anordnung zu erlassen, überdies am Rechtsschutzbedürfnis.

²⁵⁴ Vgl. Carlebach, § 82 Anm. 2.

²⁵⁵ Vgl. Winkler, Keidel/Kuntze/Winkler, § 83 Rn. 10.

des Erben durch die Entscheidung über eine strittige Verwaltungsmaßnahme bezüglich des Nachlasses durchaus naheliegend sei.

Reimann²⁵⁶ behagt infolge des von ihm grundsätzlich befürworteten Antragsrechts zur Entscheidung des Nachlaßgerichts jedes materiell Beteiligten unter gewissen Umständen auch die Beschwerdeberechtigung sonstiger Beteiligter, so etwa beispielhaft der Erben für den Fall, daß deren Rechte gefährdet sind und zugleich ihre Durchsetzung in einem Prozeß zu diesem Zeitpunkt nicht angebracht erscheint.

(b) Gegenauffassung²⁵⁷

Die Gegenansicht lehnt eine solche Beeinträchtigung Dritter, welche ihre Beschwerdeberechtigung zur Folge hätte, mit dem Argument ab, daß die anzugreifende Entscheidung des Nachlaßgerichts jedenfalls noch keinen Eingriff in ihre Rechte darstellen könne, sondern erst das entsprechende Tätigwerden der Vollstrecker. Würden die Mitvollstrecker aber von Anfang an einig handeln, hätten Dritte kein Recht zur Anrufung des Nachlaßgerichts. Warum sollte ihnen dann ein Beschwerderecht eingeräumt werden, wenn die Vollstrecker infolge nachlaßgerichtlicher Klärung ihrer Meinungsverschiedenheit wiederum einig handelten? Auch drohe auf diesem Umweg die Gefahr eines Aufsichtsrechts durch das Beschwerdegericht, wenn dieses auf Initiative Dritter eingeschaltet werden könnte, was sowohl dem selbständigen Charakter der verwaltenden Testamentsvollstreckung als auch der Funktion des nachlaßgerichtlichen Verfahrens wie bereits festgestellt wurde²⁵⁸ widerspräche.

(c) Stellungnahme

Die teleologischen Erwägungen der Gegenauffassung sind m. E. hier ausschlaggebend. So basiert auch die notwendige klare Abgrenzung der Kompetenzen von Nachlaßgericht und Prozeßgericht gerade darauf, daß Dritte gegen Verwaltungsmaßnahmen der Vollstrecker nur vor dem Prozeßgericht vorgehen können. Im nachlaßgerichtlichen Verfahren nach § 2224

²⁵⁶ Vgl. Staudinger/Reimann, § 2224 Rn. 31.

²⁵⁷ Vgl. Jansen, § 82 Rn. 10; Soergel/Damrau, § 2224 Rn. 16; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, Rn. 225.

²⁵⁸ Vgl. oben S. 91 f.

Abs. 1 S. 1 Hs. 2 sind sie hingegen nicht einmal Beteiligte, werden von der Rechtskraft ebenso wenig erfaßt und würden somit als Beschwerdeberechtigte in diesem Verfahren vielmehr einen „Fremdkörper“ darstellen. Die Einschaltung des Beschwerdegerichts durch sie gegen den Willen der Vollstrecker würde zudem eine Einmischung in ihr Verwaltungshandeln darstellen, die systemwidrig und aufgrund der möglichen Anrufung des Prozeßgerichts bei wirklich drohendem Schaden für den Nachlaß zudem überflüssig wäre.

Aber auch eine nach § 20 Abs. 1 FGG für die Beschwerdeberechtigung Dritter notwendige Beeinträchtigung ihrer Rechte erscheint m. E. zweifelhaft, da bezüglich der der Verwaltung durch die Testamentsvollstrecker unterliegenden Nachlaßgegenstände etwa die Erben durch §§ 2211, 2212 in ihrer Rechtsstellung bereits derart beschnitten sind, daß als die wahren Rechtsträger für die Dauer der Verwaltung vielmehr die Testamentsvollstrecker anzusehen sind. Eine echte Betroffenheit der Rechte Dritter kommt vielmehr erst dann in Betracht, wenn die Grenzen der ordnungsmäßigen Verwaltung im Sinne des § 2216 Abs. 1 überschritten werden, wofür aber das Prozeßgericht zuständig zeichnet, was wiederum systematisch gegen eine Beteiligung Dritter am nachlaßgerichtlichen Verfahren im Sinne des § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 spricht, dem das Beschwerdeverfahren als logische Fortsetzung in nächster Instanz aber eindeutig zugeordnet ist.

Die Beschwerdeberechtigung Dritter ist deshalb aus den dargelegten teleologischen und systematischen Erwägungen heraus abzulehnen.

hh) Kosten der Entscheidung

Maßgeblich für die Höhe der Gerichtsgebühren der ergangenen Entscheidung des Nachlaßgerichts ist § 113 KostO. Sie betragen nach § 113 S. 1 KostO die Hälfte der vollen Gebühr, wobei die Bemessungsgrundlage nach § 113 S. 2 in Verbindung mit § 30 KostO nicht der Wert des Gegenstandes der Meinungsverschiedenheit nach §§ 18 ff. KostO, sondern das Regelungs- beziehungsweise Aufhebungsinteresse darstellt, das in der Regel nur einem Bruchteil des ersten Wertes entsprechen wird.²⁵⁹

²⁵⁹ Vgl. Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO § 113 Rn. 35; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, Rn. 226, der als Beispiel den Streit um den Einbau neuer Fenster am Nachlasshaus

Steht die Maßnahme im Zusammenhang mit einem anderen gebührenpflichtigen Verfahren, etwa der gebührenpflichtigen Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, ist die Entscheidung als Nebengeschäft gemäß § 115 KostO sogar gebührenfrei.

Kostenschuldner ist nach § 2 Nr. 1 KostO der Antragssteller, also einer oder mehrere Mitvollstrecker, welche aber nach § 3 Nr. 3 KostO lediglich mit dem Nachlaß haften und außerdem nach § 3 Nr. 3 KostO in Verbindung mit § 2206 die Erben verpflichten. Für die Erstattung sonstiger Kosten, etwa Anwaltsgebühren siehe Abschnitt G).²⁶⁰

b) Abweichende Anordnungen des Erblassers

Gemäß § 2224 Abs. 1 S. 3 ist auch die Regelung der Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten durch das Nachlaßgericht grundsätzlich zugunsten des Erblassers disponibel.

aa) Grundsätzliche Möglichkeiten

Somit kommen sowohl die Erweiterung der Befugnisse des Nachlaßgerichts als auch umgekehrt deren Einschränkung durch entsprechende Anordnungen des Erblassers in Betracht.

Was allerdings die Machtausdehnung der Kompetenzen angeht, sind, wie bereits im Rahmen der Amtsführung erläutert²⁶¹, schon aus dem Wesen der Testamentsvollstreckung heraus klare Grenzen vorgegeben. So können die Testamentsvollstrecker auch durch Erblasseranordnung nicht unter die Aufsicht des Nachlaßgerichts etwa in Form eines Genehmigungsvorbehalts gestellt werden. Eine zusätzliche Aufgabenzuweisung an das Nachlaßgericht scheitert überdies jedenfalls daran, daß die Aufgaben der Gerichtsbarkeit

aus Holz für 10 000 Euro oder aus Kunststoff für 15 000 Euro nennt und als Regelungsinteresse 1/5 der 15 000 Euro veranschlagt.

²⁶⁰ Vgl. S. 172 f., so kann das Nachlaßgericht etwa nach § 13a FGG den anderen Beteiligten Kosten auferlegen.

²⁶¹ Vgl. S. 78.

dem Parteiwillen und somit auch dem des Erblassers entzogen und allein dem Gesetzgeber vorbehalten sind.²⁶²

Somit verbleibt dem Erblasser nur die Möglichkeit, die Rolle des Nachlaßgerichts zu beschneiden.

bb) Zulässigkeit des Ausschlusses des Nachlaßgerichts

Fraglich ist indes, ob er im Extremfall sogar die Entscheidung des Nachlaßgerichts bei Meinungsverschiedenheiten komplett ausschließen kann.

Bedenken ergeben sich vor allem daraus, daß die Rolle des Nachlaßgerichts ohnehin schon nach deren gesetzlicher Ausgestaltung äußerst beschränkt ist. Gerade aber, weil der Gesetzgeber diesem kein echtes Gestaltungsrecht zugestanden hat, muß es dem Erblasser möglich sein, die Willensbildung unter den Testamentsvollstreckern auch auf andere Weise als durch Einbeziehung des Nachlaßgerichts zu gewährleisten.²⁶³ Für den Fall der Meinungsverschiedenheit bezüglich der Ernennung eines Mitvollstreckers hat diese Ansicht auch obergerichtliche Bestätigung erfahren.²⁶⁴ Würde man dem Erblasser neben der Erweiterung der Befugnisse des Nachlaßgerichts auch eine derartige Beschränkung seiner Mitwirkung versagen, bliebe kaum mehr ein echter Spielraum für abweichende Anordnungen im Sinne des § 2224 Abs. 1 S. 3, was aber vom Gesetzgeber durch Aufnahme dieser Regelung eindeutig bezweckt war. Der Ausschluß der nachlaßgerichtlichen Entscheidung nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 ist deshalb als zulässig anzusehen.

Er erfolgt etwa bei testamentarischer Festlegung des Einstimmigkeitsprinzips für die Verwaltung durch die Testamentsvollstrecker derart, daß bei Uneinigkeit die streitige Maßnahme zu unterbleiben hat, oder dadurch, daß der Erblasser für den Fall der Meinungsverschiedenheit einen eigenen Lösungsweg anordnet. So kann er bei Streit zwischen den Vollstreckern beispielsweise anordnen, daß ein außenstehender Dritter – aber eben nicht der Richter des Nachlaßgerichts – gleichsam als Schiedsrichter entscheiden soll. Hat der Erblasser für die Geschäftsführung das Mehrheitsprinzip eingeführt, bliebe als Anwendungsbereich für eine durch die Testamentsvollstrecker unüberbrückbare

²⁶² Vgl. Erman/Schmidt, § 2224 Rn. 7.

²⁶³ Vgl. Reimann, in: FamRZ 1995, 591.

²⁶⁴ Vgl. OLG Hamburg, OLGE 44, 96.

Meinungsverschiedenheit ohnehin nur noch der Fall, daß die festgelegte Mehrheit für einen Vorschlag nicht erreicht wird, etwa bei geradzahligem Testamentsvollstreckerghremium aufgrund einer Pattsituation. Gerade in letzterem Fall bietet es sich aber schon aufgrund der Vorhersehbarkeit solcher Konstellationen an, einem der Vollstrecker dann die ausschlaggebende Stimme zukommen zu lassen.

c) Zwischenergebnis

Bei Vorliegen einer Meinungsverschiedenheit zwischen den Mitvollstreckern ihre Verwaltungstätigkeit betreffend ergibt sich nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 die sachliche Zuständigkeit des Nachlaßgerichts zur Entscheidung, welche auch die Klärung rechtlicher Vorfragen umfasst, soweit diese unmittelbar die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsmaßnahme betreffen und nicht den eigentlichen Entscheidungsgegenstand darstellen. Die erforderliche Antragsstellung kann nur durch einen oder mehrere der Mitvollstrecker selbst erfolgen und das Nachlaßgericht kann diesem dann stattgeben oder ihn zurückweisen, eine selbständige Entscheidungsbefugnis steht ihm hingegen nicht zu. Die Entscheidung bindet die Mitvollstrecker, nicht jedoch Dritte, und ihr kommt zustimmungsersetzende Wirkung zu. Beschwerdeberechtigt sind folgerichtig auch nur die Mitvollstrecker selbst.

Der Erblasser kann durch abweichende testamentarische Anordnung zwar nicht die Befugnisse des Nachlaßgerichts erweitern, wohl aber sie bis hin zum völligen Ausschluß der nachlaßgerichtlichen Entscheidung beschneiden.

II. Praktische Hinweise zur Verwaltung

Aus der Darstellung der Rahmenbedingungen der Verwaltung des Nachlasses durch mehrere Testamentsvollstrecker wird auf der einen Seite ihre große Machtposition auf der anderen Seite aber auch der hohe Anspruch, der an ihre Tätigkeit gestellt wird, ersichtlich. Für ein Testamentsvollstreckergremium spielt deshalb die praktische Organisation ihrer Verwaltung eine entscheidende Rolle, wozu im folgenden einige beispielhafte praktische Anleitungen gegeben werden sollen.

So ist für eine gemeinschaftliche Amtsführung sicherlich das regelmäßige Abhalten von Testamentsvollstreckersitzungen unverzichtbar, wobei zur gezielten Vorbereitung und Effizienz der Sitzung die Erstellung einer Tagesordnung vorab dienlich sein wird. Über Inhalt und insbesondere im Rahmen der Sitzung gefaßte Beschlüsse sollte Protokoll geführt werden. Aber auch die Umsetzung der Beschlüsse in der Praxis sollte durch entsprechende Aufzeichnungen dokumentiert werden. Bei rechtsgeschäftlichen Verwaltungsmaßnahmen empfiehlt sich die Gegenzeichnung wichtiger Dokumente durch möglichst alle Mitvollstrecker. Für die jährliche Rechnungslegung gegenüber den Erben sollte die gegenseitige Vertretung sichergestellt werden. Die Auskunft- und Rechenschaftspflicht gegenüber den Erben ist insgesamt sehr ernst zu nehmen, da die transparente Ausgestaltung der Verwaltung und die regelmäßige Information, soweit im Einzelfall zumutbar, über die gesetzlichen Mindestpflichten hinaus ein Klima des Vertrauens schaffen und Streitigkeiten bis hin zu jahrelangen prozessualen Auseinandersetzungen vermeiden helfen.

Soweit der Erblasser nicht selbst eine detaillierte Testamentsvollstreckerordnung vorgegeben hat, sollten die Mitvollstrecker selbst eine Geschäftsordnung für ihre Verwaltung ausarbeiten und sich ihr dann auch durch entsprechenden Beschluß unterwerfen.

Auf die dargelegten Bevollmächtigungsmöglichkeiten sollten die Vollstrecker im Sinne einer effizienten Verwaltung erforderlichenfalls zurückgreifen.

D) Wegfall eines Mitvollstreckers

I. Konstellationen

Im Hinblick auf die Entscheidungsfindung innerhalb des Testamentsvollstreckergremiums bereiten neben den Meinungsverschiedenheiten das Ausscheiden beziehungsweise die Verhinderung eines Mitvollstreckers die größten Schwierigkeiten.

Der Gesetzgeber gibt dem Rechtsanwender zwar mit § 2224 Abs. 1 S. 2, der bestimmt, daß bei Wegfall eines Mitvollstreckers die übrigen das Amt allein weiterführen, eine Regelung an die Hand, fraglich bleibt aber welche Anforderungen tatsächlich an einen solchen Wegfall zu stellen sind und wie bei besonders gelagerten Problemfällen, insbesondere des Wegfalls bis auf einen Testamentsvollstrecker, zu verfahren ist. Dies gilt es deshalb im folgenden herauszuarbeiten.

Unter Wegfall im Sinne des § 2224 Abs. 1 S. 2 wird allgemein verstanden, daß ein Mitvollstrecker durch rechtliche oder tatsächliche in seiner Person liegende Gründe auf Dauer an der Amtsausübung gehindert ist²⁶⁵.

1. Anwendungsfälle der tatsächlichen und dauernden rechtlichen Verhinderung

Beispielhaft für die dauernde tatsächliche Verhinderung sind die Fälle einer längeren Haft, Unterbringung, Maßregelvollzugs oder eines im Krieg vermißten Testamentsvollstreckers, bei dem ungeklärt ist, ob er überhaupt noch lebt. Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone hat sich in dem den letzten Fall betreffenden Urteil²⁶⁶ ausdrücklich auf die Aufgabe des Richters, bei Entscheidungen im Rahmen des Testamentsrechts den mutmaßlichen Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen, berufen. Damit hat er ein wichtiges Auslegungskriterium für die Anwendbarkeit der gesetzlichen Regelung des Wegfalls eines Testamentsvollstreckers benannt, die Ermittlung des Erblasserwillens für die eingetretene aber tatsächlich nicht von ihm testamentarisch geregelte Entwicklung bei möglicher Vorhersehbarkeit.

²⁶⁵ Vgl. Soergel/Damrau, § 2224 Rn. 18, Bamberger/Roth/J. Mayer, § 2224 Rn. 10; AK/Finger, § 2224 Rn. 14.

²⁶⁶ Vgl. OGHBrZ Köln, NJW 1950, 64; OLG Oldenburg NdsRpfl 1948, 10.

Als eindeutige Anwendungsfälle dauernder rechtlicher Verhinderung sind die Ablehnung des Amtes durch Erklärung im Sinne des § 2202 Abs. 2, die Kündigung nach § 2226, die Entlassung gemäß § 2227 oder die Beendigung des Amtes aus anderen Gründen, etwa Zeitablauf oder Tod, klargestellt durch § 2225, zu nennen.

2. Anwendbarkeit bei vorübergehender rechtlicher Verhinderung

Schwieriger stellt sich hingegen die Frage dar, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen die rechtliche Verhinderung bezüglich eines einzelnen Rechtsgeschäfts bejaht werden kann. Problematisch ist hier das Erfordernis einer dauernden Verhinderung.

Wegfall im Sinne des § 2224 Abs. 1 S. 2 kann jedenfalls nur dann anzunehmen sein, wenn zumindest hinsichtlich des vorzunehmenden Rechtsgeschäfts eine rechtliche Verhinderung auf Dauer vorliegt. Ermächtigt der Gesetzgeber aber bei gänzlichem Wegfall eines Vollstreckers die anderen Mitvollstrecker, das Amt allein weiterzuführen, muß ihnen diese Befugnis erst recht für den weniger einschneidenden Fall des Wegfalls bezüglich eines konkreten Rechtsgeschäfts zustehen. Zimmermann²⁶⁷ bezeichnet diese Fallgruppe deshalb als dauernde partiell rechtliche Verhinderung. Höchststrichterlich²⁶⁸ bestätigte Anwendungsfälle sind der Verkauf eines Nachlaßgrundstücks an einen der Testamentsvollstrecker und die Klage gegen einen Nachlaßschuldner, der zugleich Mitvollstrecker ist.

3. Sonderfall der gleichzeitigen Miterben- und Mitvollstreckerstellung

Streitig ist hingegen, ob ein Mitvollstrecker, der zugleich Miterbe ist, bezüglich Verfügungen zur Erbauseinandersetzung als weggefallen gelten soll.

²⁶⁷ Vgl. Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, Rn. 215.

²⁶⁸ Vgl. RGZ 58, 299; 98, 174.

a) Ansicht des Kammergerichts

Nach Ansicht des Kammergerichts²⁶⁹ ist er insoweit wegen Unvereinbarkeit mit seinem Amt als Testamentsvollstrecker rechtlich verhindert, als die Verfügungen unmittelbar zu seinen Gunsten wirken würden, das heißt bezüglich eines der Erbengemeinschaft gehörenden Nachlaßgrundstücks wäre er zwar in der Lage den anderen Miterben ihre Anteile am Grundstück beziehungsweise an bestehenden Hypotheken zu übereignen, bezüglich seiner eigenen Anteile sei indes rechtliche Verhinderung anzunehmen. Auf diese Weise werde gewährleistet, daß der Testamentsvollstrecker, der zur Wahrung fremder Interessen berufen sei, zugleich im eigenen Interesse handle. Das Kammergericht²⁷⁰ vergleicht diese Konstellation mit der Unfähigkeit des Richters, in einer eigenen Angelegenheit zu urteilen, oder des Urkundsbeamten, eine eigennützige Urkunde auszustellen. Wolle der Erblasser eine solche Interessenkollision dennoch zulassen, müsse er dies ausdrücklich anordnen.

b) Ansicht des Reichsgerichts

Das Reichsgericht²⁷¹ ist hingegen der Meinung, daß ein Mitvollstrecker grundsätzlich Verfügungen über Nachlaßgegenstände auch zu seinen Gunsten vornehmen könne, sofern sie ihm nicht erkennbar nach dem Willen des Erblassers oder des Gesetzgebers verboten seien. Was den Willen des Gesetzgebers angehe, spreche nämlich die Tatsache, daß die Ernennung eines Miterben ohne jegliche gesetzliche Einschränkung zulässig sei, dafür, daß ihm auch die testamentsvollstreckungsrechtlichen Regelbefugnisse in vollem Umfang zustehen sollen, soweit nicht ein gegenteiliger Erblasserwille ersichtlich sei, insbesondere also auch die Auseinandersetzungsbefugnis nach § 2204 und die Verfügungsbefugnis nach § 2205 S. 2 Alt. 2. Vielmehr müsse der Erblasser nach § 2208 Abs. 1 S. 1 den Willen zum Ausschluß dieser Kernkompetenzen der Testamentsvollstrecker zum Ausdruck bringen.

²⁶⁹ Vgl. KG RJA 4, 187.

²⁷⁰ Vgl. KG RJA 3, 104.

²⁷¹ Vgl. RGZ 61, 139 (142).

c) Stellungnahme

Die Ansicht des Reichsgerichts ist vorzugswürdig. Denn in der Berufung zum Testamentsvollstrecker mit seinen umfassenden Befugnissen ist ein besonderer Vertrauensbeweis zu sehen, der in der Regel auch die Vornahme von Rechtsgeschäften gestattet, die mit einem gewissen Interessenwiderstreit verbunden sind. Dessen muß sich insbesondere ein Erblasser bewußt sein, der einen Miterben zum Testamentsvollstrecker ernennt, also selbst den Grund für die damit verbundene Interessenkollision legt.

Zudem wird dem Mißbrauchsschutz als eigentlichen Sinn eines Verbots im Rahmen des Instituts der Testamentsvollstreckung bereits ausreichend durch § 2216 Abs. 1 Rechnung getragen. So wäre etwa die Hauptgefahr eines Verkaufs weit unter Wert bereits wegen Verstoßes gegen das Gebot der ordnungsmäßigen Verwaltung unwirksam. Hält sich aber umgekehrt die Verfügung im Rahmen der Grundsätze der ordnungsgemäßen Verwaltung, ist nicht einzusehen, warum die Kernrechte des Testamentsvollstreckers aus §§ 2204, 2205 grundsätzlich beschnitten werden sollen. Das Kammergericht verkennt insofern das im Gesetz bewußt getroffene Regel-Ausnahme-Verhältnis, und dreht dieses in unzulässiger Weise um. Bei Vorhandensein einer Mehrheit von Testamentsvollstreckern könnte im Gegensatz zur Alleinvollstreckung die Verfügung zwar, solange nicht alle Mitvollstrecker Miterben sind, auch bei Annahme rechtlicher Verhinderung in Anwendung des § 2224 Abs. 1 S. 2 durch Entscheidung der anderen Vollstrecker erfolgen, die Durchbrechung der inzwischen durch Entscheidung des BGH²⁷² bestätigten Rechtsauffassung wäre aber aus diesem Praktikabilitätsaspekt allein heraus nicht zu begründen.

Ein Mitvollstrecker, der zugleich Miterbe ist, gilt somit auch bezüglich Verfügungen, welche die Erbauseinandersetzung betreffen, grundsätzlich nicht wegen rechtlicher Verhinderung als weggefallen.

²⁷² Vgl. BGHZ 30, 67.

4. Anwendbarkeit bei vorübergehender tatsächlicher Verhinderung

Des weiteren stellt sich die Frage, ob die Regelung über den Wegfall eines Mitvollstreckers nicht auch erweiternd auf die Fälle vorübergehender Verhinderung Anwendung finden kann.

Hier stößt der Wortlaut des § 2224 Abs. 1 S. 2 aber wohl an die Grenzen seiner Auslegungsfähigkeit. Denn der Begriff „wegfallen“ impliziert seinem Wortsinn nach etwas Endgültiges, Dauerhaftes, was durch seine Definition²⁷³ des allgemeinen Sprachgebrauchs als fortfallen, nicht mehr in Betracht kommen unterstrichen wird.

a) Analoge Anwendung des § 2224 Abs. 1 S. 2

Kregel²⁷⁴ schlägt deshalb vor, den Rechtsgedanken des § 2224 Abs. 1 S. 2 entsprechend auf all die Fälle anzuwenden, bei denen ein Mitvollstrecker nicht verfügbar ist. Dazu müßten aber die Voraussetzungen eines solchen Analogieschlusses vorliegend gegeben sein.

Für den Fall der Verhinderung eines Mitvollstreckers zur Teilnahme an der gemeinsamen Entscheidungsfindung etwa aufgrund einer Krankheit oder Abwesenheit findet sich im Recht der Testamentsvollstreckung keine gesetzliche Bestimmung. Das Erfordernis einer Regelungslücke ist somit zu bejahen.

Diese bestehende Regelungslücke müßte planwidrig und deshalb ausfüllungsbedürftig sein. Der Entwurf der ersten Kommission sah aber noch eine entsprechende Regelung für diesen Fall vor²⁷⁵, in den Beratungen hierzu wurde aber dessen Streichung mit der Begründung eines mangelnden dringenden Bedürfnisses einerseits und der Mißbrauchsgefahr mit möglicher Beeinträchtigung der Rechtssicherheit andererseits beschlossen. Auch im Rahmen der Beratungen zu den Entwürfen der zweiten Kommission wurde der Antrag gestellt, dem § 1893, der dem heutigen § 2224 entspricht, eine Vorschrift mit einer Regelung für eben die hier in Frage stehende Verhinderung eines Mitvollstreckers

²⁷³ Vgl. Duden, Band 10 – Das Bedeutungswörterbuch, S. 1034.

²⁷⁴ Vgl. RGRK-Kregel, § 2224 Rn. 10.

²⁷⁵ Vgl. Protokolle I, 9632, in: Jakobs/Schubert, S. 1507: „§ 152 (...) wenn einer derselben hinwegfällt oder vorübergehend gehindert ist, so steht in Ermangelung eines Ersatzberufenen den Uebrigen die alleinige Ausführung oder Fortführung der Verrichtungen zu. (...)“.

anzuhängen²⁷⁶. Die Aufnahme der entsprechenden Vorschrift wurde aber aus denselben Gründen wie der entsprechende Entwurf der ersten Kommission abgelehnt.²⁷⁷ Die festgestellte Regelungslücke beruht somit auf einer bewußten Entscheidung des Gesetzgebers, weshalb für die Annahme einer Planwidrigkeit kein Platz mehr bleibt. Ein Analogieschluß zu § 2224 Abs. 1 S. 2 für die Fälle der vorübergehenden Verhinderung ist deshalb in Einklang mit dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers abzulehnen.

b) Analogie zu § 1846 Alt. 2

Aus demselben Grund scheitert auch eine analoge Anwendung der vormundschaftlichen Verhinderungsregel des § 1846 Alt. 2, die darüber hinaus verdeutlicht, daß für den aufgrund der Personensorge anders gelagerten Fall der Vormundschaft sehr wohl ein Bedürfnis zur Aufnahme einer Regelung für den Fall der Verhinderung bestand, weshalb das Fehlen einer entsprechenden Vorschrift im Rahmen der Testamentsvollstreckung zusätzlich für eine bewußte Entscheidung des Gesetzgebers spricht.

c) Lösungsmöglichkeiten

Fraglich bleibt deshalb, wie die Testamentsvollstrecker ihre Handlungsfähigkeit für die Fälle der Verhinderung eines Mitvollstreckers sicherstellen können.

Zur Vornahme notwendiger Erhaltungsmaßnahmen sind sie zwar nach § 2224 Abs. 2 auch ohne den verhinderten Testamentsvollstrecker befugt, allerdings fallen darunter nicht sonstige dringliche Maßnahmen²⁷⁸. Den übrigen Vollstreckern verbleibt aber die Möglichkeit, wenn sie von der Zweckmäßigkeit und Dringlichkeit der Verwaltungshandlung überzeugt sind, diese in Erwartung der späteren Genehmigung des Verhinderten durchzuführen. Verweigert dieser die nachträgliche Zustimmung, steht ihnen dann immer noch der Weg zum Nachlaßgericht nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 offen, welches bei tatsächlicher Nützlichkeit der Maßnahme die Verpflichtung zur Genehmigung

²⁷⁶ Vgl. Protokolle V, 255: „§ 1893a Ist ein Testamentsvollstrecker durch Krankheit oder durch Abwesenheit an der Vornahme unaufschiebbarer Maßregeln verhindert, so hat für die Dauer der Verhinderung das Nachlassgericht auf Antrag eines Beteiligten zur Vornahme der Maßregeln einen anderen Testamentsvollstrecker mit den gleichen Befugnissen zu ernennen.“.

²⁷⁷ Vgl. Motive V, 222.

²⁷⁸ Vgl. ausführlich hierzu S. 68 ff.

aussprechen wird. Erweist sich im umgekehrten Fall die Unzweckmäßigkeit der vorgenommenen Maßregel, ist es aber auch sachgerecht, die allein handelnden Mitvollstrecker dafür haftbar zu machen. Sonst wäre tatsächlich die Mißbrauchsgefahr - wie vom Gesetzgeber ins Feld geführt²⁷⁹ - zu groß, unter dem Vorwand der Verhinderung eines Mitvollstreckers allein tätig zu werden. Im Hinblick auf alle übrigen Maßnahmen erscheint es ohnehin angesichts des die Mehrheit von Testamentsvollstreckern wesensprägenden Kollegialprinzips folgerichtig und zumutbar, das Ende der Verhinderung abzuwarten. Ein zwingendes Bedürfnis für Sonderregelungen bezüglich der vorübergehenden Verhinderung eines Mitvollstreckers besteht somit nicht.

II. Rechtsfolgen

1. Anordnungen des Erblassers

Aus § 2224 Abs. 1 S. 3 ergibt sich auch für die dargestellten Konstellationen des Wegfalls eines Testamentsvollstreckers der Vorrang testamentarisch niedergelegter Anordnungen des Erblassers.

a) Ersatzberufung

Eine Möglichkeit besteht darin, eine durch den Wegfall eines Mitvollstreckers aufschiebend bedingte Ersatzberufung im Einklang mit § 2197 Abs. 2 anzuordnen, wobei er die Ernennung selbst vornehmen oder diese nach § 2198 einem Dritten, nach § 2199 einem Mitvollstrecker oder nach § 2200 dem Nachlaßgericht überlassen kann. Aus einer solchen Anordnung ergibt sich aber als unmittelbare Folgefrage, ob bei tatsächlichem Eintritt des Wegfalls die übrigen Testamentsvollstrecker bis zur Ernennung oder dem Amtsantritt des neu zu berufenden Mitvollstreckers allein handeln können oder ob die weitere Amtsausübung bis zu diesem Zeitpunkt aufgeschoben ist.

Dies ist dann eine Auslegungsfrage des Einzelfalls. Es gilt dabei herauszufinden, ob der Erblasser durch Anordnung der Ersatzberufung lediglich die reibungslose, kontinuierliche

²⁷⁹ Vgl. Motive V, 222.

Weiterarbeit des Gremiums in bewährter Stärke sicherstellen wollte oder ob ihm das Gewicht des weggefallenen Mitvollstreckers bei Entscheidungen so wichtig war, daß bis zum Amtsantritt des berufenen Ersatzvollstreckers die Amtsführung ruhen solle. Lassen sich der letztwilligen Verfügung des Erblassers aber keine solchen Anhaltspunkte entnehmen, bestünde eine Möglichkeit darin, diese Zwischenphase bis zum Amtsantritt des neuen Vollstreckers wie eine vorübergehende Verhinderung eines Mitvollstreckers zu behandeln. Denn die Person des Mitvollstreckers ist zwar weggefallen, sein Amt besteht jedoch aufgrund der vorgenommenen Ersatzberufung weiter, lediglich bezüglich der Führung des Amtes liegt eine zeitweilige Verhinderung vor. Dies hätte den Vorteil, daß einerseits zwar die Vornahme von notwendigen Erhaltungsmaßnahmen unberührt und die Durchführung dringender Maßregeln unter oben dargestellten Einschränkungen möglich bleibt, andererseits aber für die gewöhnliche Amtsführung bis zum Erreichen der Vollzähligkeit des Gremiums abzuwarten ist, was insbesondere verhindert, daß der neue Mitvollstrecker in einzelnen Bereichen bereits bei Amtsantritt vor vollendete Tatsachen gestellt wird oder Entscheidungen, bei denen sein Widerstand zu erwarten wäre, noch überhastet durchgeführt werden.

b) Beendigung der Verwaltung

Denkbar ist es aber genauso, daß der Erblasser für diesen Fall das Ende der Testamentsvollstreckung anordnet, etwa wenn das Vertrauen in die Arbeit des Gremiums nur aufgrund der ausgewogenen persönlichen Besetzung gewährleistet ist, insbesondere bei zwei Mitvollstreckern, und sonst die Beschneidung der Rechte der Erben in den Augen des Erblassers nicht mehr sinnvoll erscheint. Schließlich kann der Erblasser den Anwendungsbereich des § 2224 Abs. 1 S. 2 aber auch erweitern, indem er zum Beispiel für die diskutierten Fälle der vorübergehenden Verhinderung die anderen Vollstrecker zur alleinigen Amtsführung ermächtigt.

In jedem Fall sind aber die von der Regelung des § 2224 Abs. 1 S. 2 getroffenen Abweichungen des Erblassers für den Wegfall eines Mitvollstreckers im Testamentsvollstreckerzeugnis anzugeben.

2. Gesetzliche Regelung

a) Grundsatz

Liegt indes keine besondere Anordnung in der letztwilligen Verfügung bezüglich des Wegfalls eines Mitvollstreckers vor, kommt die gesetzliche Rechtsfolge des § 2224 Abs. 1 S. 2 zum Tragen, die den übrigen Testamentsvollstreckern die Befugnis zur alleinigen Weiterführung des Amtes einräumt.

Solange auch nach Wegfall eines Vollstreckers noch die Mehrköpfigkeit des Testamentsvollstreckerremiums gewahrt bleibt, bereitet dies keine größeren Probleme.

b) Bei Wegfall bis auf einen

Fraglich ist allerdings der Fall eines ursprünglich lediglich zwei Testamentsvollstrecker umfassenden Gremiums, da hier bei Wegfall eines der beiden der prägende Charakter der Kollegialverfassung verloren geht. Mit ihm aber auch die vom Erblasser bei Anordnung der Testamentsvollstreckung durch mehrere Testamentsvollstrecker in der Regel bezweckte gegenseitige Kontrolle und Überwachung, denn die Testamentsvollstreckung in Gesamtvertretung wird dann zur Alleinvollstreckung.

Bestätigt durch einen Beschluß des Kammergerichts²⁸⁰ bleibt es aber auch in diesem Sonderfall beim gesetzlich geregelten Grundsatz der Weiterführung des Amtes durch den verbliebenen Testamentsvollstrecker. Traut der Erblasser entgegen dem gesetzlichen Leitbild einem einzelnen der Vollstrecker die alleinige Verwaltung des Nachlasses nicht zu, muß er eben eine abweichende Regelung treffen oder zumindest seinen entsprechenden Willen in einer der Auslegung letztwilliger Verfügungen zugänglichen Weise testamentarisch andeuten. Allein die Tatsache, daß der Erblasser von der Möglichkeit, selbst Ersatzvollstrecker zu ernennen oder das Nachlaßgericht, Mitvollstrecker oder Dritte dazu zu ermächtigen, abgesehen hat, genügt aber jedenfalls noch nicht, um einen solchen Willen anzunehmen. Ansonsten droht das vom Gesetzgeber bewußt gewählte Regel-Ausnahme-Verhältnis umgedreht zu werden. Es wird auch in der Regel dem Willen des Erblassers, der sich ja bewußt für die Verwaltung des Nachlasses durch Testamentsvollstrecker entschieden

²⁸⁰ Vgl. KG JR 1955, 65.

hat, eher entsprechen, daß die Testamentsvollstreckung - wenn auch in Form der Einzelvollstreckung - aufrechterhalten bleibt, als daß diese wegfällt und die Erben somit völlig freie Hand über den Nachlaß erhalten.

Somit ist auch für die besondere Konstellation des Wegfalls von Mitvollstreckern bis auf einen die gesetzliche Regelung des § 2224 Abs. 1 S. 2 uneingeschränkt anwendbar.

E) Haftung

Eine gleichsam wichtige wie schwierige Frage stellt in jedem Mehrpersonenverhältnis die Haftung dar. Die Problemkreise drehen sich dementsprechend auch in diesem Zusammenhang in erster Linie um Fragen des Verschuldensmaßstabs und der Verschuldenszurechnung, sowie des Entstehenmüssens im Außen- beziehungsweise Innenverhältnis, was schließlich die Frage der Anwendbarkeit von Haftungsprivilegierungen oder sogar Haftungsbefreiungen ins Spiel bringt.

I. Haftung nach § 2219

Im Rahmen der Testamentsvollstreckung ist die entsprechende Haftungsnorm des § 2219 infolge des bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen Testamentsvollstreckern und Erben als Schutzbestimmung für letztere ausgestaltet. Sie soll durch die Begründung persönlicher Haftung als Gegengewicht zur umfassenden Machtstellung der Testamentsvollstrecker ihr verantwortungsvolles Handeln gewährleisten helfen²⁸¹. Die Notwendigkeit einer speziellen Haftungsnorm für das Recht der Testamentsvollstreckung ergibt sich hier aus dem Umstand, daß zum einen zwischen Erben und Testamentsvollstreckern in der Regel keine vertraglichen Beziehungen und damit auch keine Haftungsgrundlage besteht, zum anderen der Verweis auf die Haftung für Gehilfen nach § 2218 Abs. 1 in Verbindung mit § 664 Abs. 1 S. 3 allein unzureichend ist und schließlich die deliktische Haftung bei fahrlässiger Verursachung keine bloßen Vermögensschäden, das heißt ohne Verletzung eines durch § 823 Abs. 1 besonders geschützten Rechtsguts, erfaßt²⁸², die für die Verwaltung des Nachlasses gerade von essentieller Bedeutung sein können.

1. Voraussetzungen der Haftung

Die Haftungsvoraussetzungen ergeben sich unabhängig davon, ob Einzelvollstreckung oder eine Mehrheit von Testamentsvollstreckern angeordnet ist, aus § 2219 Abs. 1.

²⁸¹ Vgl. Münchener Kommentar/Brandner, § 2219 Rn. 1; Staudinger/Reimann, § 2219 Rn. 1.

²⁸² Vgl. Bengel/Reimann/Riederer v. Paar, Kap. XII Rn. 6.

a) Objektive Pflichtverletzung

Der Wortlaut des § 2219 Abs. 1 erfordert ausdrücklich die Verletzung einer dem Testamentsvollstrecker obliegenden Pflicht durch ihn selbst. Seine Pflichten wiederum ergeben sich zum einen aus den gesetzlichen Anforderungen, das heißt primär der Generalklausel der Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses aus § 2216 Abs. 1 aber auch aus den anderen ihm zugewiesenen Aufgaben wie der Auseinandersetzung nach § 2204 Abs. 1 oder der Rechnungslegung beziehungsweise Herausgabe nach § 2218 Abs. 1 in Verbindung mit § 666 beziehungsweise § 667. Zum anderen können Pflichten aus entsprechenden Anordnungen des Erblassers erwachsen. Die Verletzung einer solchen Pflicht muß dann infolge des Handelns oder Unterlassens des Testamentsvollstreckers objektiv gegeben sein.

b) Verschulden

Als ausdrückliche Voraussetzung für die eintretende Haftung ist das schuldhafte Handeln des Testamentsvollstreckers genannt, also Vorsatz oder Fahrlässigkeit im Sinne des § 276.

aa) Zurechenbarkeit

Bei einer Mehrheit von Testamentsvollstreckern stellt sich hier die Frage, ob das Kollektiv auch für das Verschulden eines einzelnen haftet oder nur insofern als sie auch selbst schuldhaft gehandelt haben.

Gegen die Haftung für ausschließliches Fremdverschulden eines oder mehrerer Mitvollstrecker spricht vor allem, daß auf diese Weise entgegen dem Gesetzeswortlaut eine Gefährdungs- beziehungsweise Garantiehaftung der übrigen Testamentsvollstrecker aufgestellt würde.²⁸³

Nach einer Ansicht²⁸⁴ soll es für die Haftung nach § 2219 Abs. 2 indes bereits genügen, wenn mindestens ein Mitvollstrecker schuldhaft handelt.

²⁸³ Vgl. Bengel/Reimann/Riederer v. Paar, Kap. VII Rn. 55.

²⁸⁴ Vgl. Bengel/Reimann, Kap. II Rn. 216; Kipp/Coing § 74 II.

Für die Haftung mehrerer Testamentsvollstrecker im Sinne des § 2219 Abs. 2 ist nach seinem Wortlaut hingegen erforderlich, daß ihnen ein Verschulden zur Last fällt. Noch eindeutiger war diesbezüglich die Formulierung der Redaktionsvorlage Plancks im Rahmen des Entwurfs erster Lesung, die lautete: „Mehrere Testamentsvollstrecker haften, wenn jeden von ihnen ein Verschulden trifft, als Gesamtschuldner“²⁸⁵. Daß die Vorlage im Rahmen der Beratungen zwar umformuliert, aber im Hinblick auf ihren Regelungsgehalt kein Änderungsantrag eingebracht wurde und nicht einmal eine Diskussion darüber den Protokollen zu entnehmen ist, belegt den unveränderten Aussagecharakter der Norm.

Der zu vertretende Umfang des Verschuldens richtet sich hier wie allgemein im Schadensrecht nach dem in § 276 aufgestellten Maßstab, das heißt grundsätzlich haften die Testamentsvollstrecker bereits für jeden Grad von Fahrlässigkeit.

bb) Auswirkungen bei bestehendem Mehrheitsprinzip

Bei Anordnung des Mehrheitsprinzips durch den Erblasser taucht das besondere Problem auf, ob und gegebenenfalls wie im Rahmen eines Mehrheitsbeschlusses auch die Überstimmten haftbar gemacht werden können.

(1) Gesellschaftsrechtliche Lösung

Eine ähnlich gelagerte Problematik stellt sich bezüglich der Außenhaftung von Vorständen und Geschäftsführern von Kapitalgesellschaften dar. In der Folge soll mangels ausdrücklicher Regelung für das Testamentsvollstreckergrremium deshalb untersucht werden, ob die im Gesellschaftsrecht gefundenen Lösungsansätze auf dieses übertragen werden können.

Für die überstimmten Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft beziehungsweise Geschäftsführer einer GmbH etwa gilt, daß ihre Verantwortlichkeit nicht bereits aufgrund der Ablehnung des Beschlusses entfällt. Je nach Bedeutung des Gegenstands und der Stärke seiner Bedenken im Hinblick auf eine mögliche Gesetz- oder Satzungswidrigkeit beziehungsweise gesellschaftsschädlichen oder leichtfertigen Charakter des Beschlusses haben sie vielmehr die Pflicht, alle zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, um die

²⁸⁵ § 1908a E I-VorlZust, in: Jakobs/Schubert, S. 1495.

Ausführung eines solchen Beschlusses zu verhindern.²⁸⁶ Diese Verpflichtung beruht auf der bestehenden Sorgfaltspflicht im allgemeinen und ihrer leitenden Stellung im besonderen. So hat das einzelne Vorstandsmitglied ausdrücklich auf seine Bedenken gegenüber den anderen hinzuweisen und gegebenenfalls sogar den Aufsichtsrat einzuschalten. Mit anderen Worten sollen sich die überstimmten Vorstandsmitglieder nicht hinter der Entscheidung der Mehrheit „verschanzen“²⁸⁷ können.

(2) Vergleichbarkeit

Aufgrund der vorhandenen Regelungslücke für die Verwaltung des Nachlasses durch ein Testamentsvollstreckergremium nach dem Mehrheitsprinzip ergibt sich die Übertragbarkeit der dargestellten gesellschaftsrechtlichen Lösung bei Vergleichbarkeit der Interessenlage.

Die hinter den dort aufgestellten Pflichten stehenden rechtlichen Wertungen treffen in der Tat auch auf die Mitvollstrecker zu, da sie infolge der mit ihrer Amtsstellung verbundenen umfassenden Rechtsmacht bei gleichzeitiger Verpflichtung zur Wahrung der Interessen des Erblassers, der Erben und durch Verwaltungsmaßnahmen betroffener Dritter ebenfalls zu besonderer Sorgfalt anzuhalten sind.²⁸⁸ Aus der Verantwortung des einzelnen Mitvollstreckers und dem hinter der Einsetzung mehrerer Testamentsvollstrecker in der Regel stehenden Motiv der gegenseitigen Kontrolle²⁸⁹ heraus ist es deshalb sachgerecht auch von diesem zu verlangen, alle ihm zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, um einen seiner Ansicht nach falschen Mehrheitsbeschluß zu verhindern. Im Einzelfall kann es sogar geboten sein, mangels eines dem Aufsichtsrat entsprechend ausgestalteten Aufsichtsorgans für die Testamentsvollstrecker, die Erben als unmittelbar am Nachlaß Beteiligte und dadurch auch durch jeden Beschluß Betroffene zu informieren.

Genauso sollte aber auch auf der anderen Seite - wie eben für die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft geltend - eine notwendige und angemessene Grenze zu ziehen sein, bei deren Erreichen den überstimmten Mitvollstreckern kein Verschulden mehr unterstellt werden kann, wenn sie ihre Einwände gegen die in Frage stehende Maßnahme „gehörig

²⁸⁶ Vgl. Henn, § 18 Rn. 597.

²⁸⁷ Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 93 Rn. 27.

²⁸⁸ Vgl. für die Verpflichtung des Testamentsvollstreckers zu besonderer Gewissenhaftigkeit und Sorgfalt: RGZ 130, 131 (135); BGH NJW 1959, 1820 (1821).

²⁸⁹ Vgl. S. 32.

geltend gemacht haben“²⁹⁰. Denn wenn sie die Ihnen zumutbaren Möglichkeiten zur Verhinderung des Beschlusses ausgeschöpft haben, sind sie den an sie zu stellenden Anforderungen eines gewissenhaften und sorgfältigen Amtswalters voll gerecht geworden. Die Niederlegung des Amtes als mögliche Konsequenz muß hingegen schon aus dem Aspekt der Zumutbarkeit ausscheiden, zumal der Beschluß dadurch gerade nicht abgewendet werden kann.

(3) Ergebnis

Die dargelegten wertenden Gesichtspunkte ergeben somit hier eine vergleichbare Interessenlage, die zur Übertragbarkeit des gesellschaftsrechtlichen Lösungsansatzes auf die Haftung überstimmter Mitvollstrecker führt.

cc) Auswirkungen angeordneter Nebenvollstreckung

Die Verschuldensanforderungen könnten bezüglich der übrigen Vollstrecker fraglich sein, wenn nach der dem Erblasserwillen entsprechenden und nach § 2224 Abs. 1 S. 3 maßgeblichen Geschäftsverteilung einem Mitvollstrecker ein Bereich zur selbständigen Verwaltung, das heißt zur Nebenvollstreckung, zugewiesen ist und er innerhalb dieses Wirkungskreises allein schuldhaft handelt. Problematisch erscheint hier in erster Linie ein möglicher Verstoß gegen die nach § 2220 unabdingbare Haftung der Testamentsvollstrecker im Sinne des § 2219²⁹¹, da infolge der Geschäftsverteilung in Form der Nebenvollstreckung für diesen Bereich die gesamtschuldnerische Haftung nach § 2219 Abs. 2 wegzufallen droht, was eine zumindest mittelbare Veränderung der nach § 2220 durch den Erblasser unabdingbaren Haftungsordnung darstellen könnte.

Deshalb ist eine genauere Betrachtung bezüglich der durch § 2220 unabdingbar gestellten Regelungsgegenstände notwendig. So stellt nach seinem Wortlaut die nach § 2219 den Testamentsvollstreckern obliegende Verpflichtung den Gegenstand dar, welcher der Dispositionsbefugnis des Erblassers entzogen ist. Dies ist aber nichts anderes als die

²⁹⁰ Vgl. Kipp/Coing, S. 417.

²⁹¹ Vgl. ausführlich Pickel, S. 195 f.

Verpflichtung zu Schadensersatz zum Schutz des geschädigten Erben beziehungsweise Vermächtnisnehmers. Eine solche bleibt aber auch bei der in Frage stehenden Geschäftsverteilung durch denjenigen Testamentsvollstrecker bestehen, dem der betroffene Wirkungsbereich nach dem Willen des Erblassers zugeteilt ist. Somit entsteht jedenfalls zumindest keine mit dem Sinn der Regelung des § 2219 unvereinbare Haftungslücke zu Lasten der Erben und Vermächtnisnehmer.

Auch die Verpflichtung als Gesamtschuldner ist nicht in unzulässiger Weise abbedungen, da sie für die übrigen Geschäftsbereiche voll zur Geltung kommt und auch für den der Nebenvollstreckung unterliegenden Bereich bei Vorliegen eines Verschuldens der übrigen Mitvollstrecker vorläge, es aber in der Regel an einem solchen Verschulden als notwendiger Voraussetzung der gesamtschuldnerischen Haftung aufgrund des alleinigen Handelns des in diesem Bereich als Nebenvollstrecker tätigen eigentlichen Mitvollstreckers fehlen wird. So tritt zwar als Folge der Erblasserregelung hier die Rechtsfolge des § 2219 Abs. 2 nur in Ausnahmefällen ein, was aber wie gesehen allein am Fehlen des tatbestandlichen Verschuldenserfordernisses liegt und damit keinen auch nicht mittelbar unzulässigen Verstoß gegen die nach § 2220 einseitig zwingende Vorschrift des § 2219 darstellt. Vielmehr ist hier die Haftungsfrage so zu behandeln als läge Alleinvollstreckung durch den Nebenvollstrecker vor.

Umgekehrt wird aber bei gemeinschaftlicher Amtsführung entsprechend § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 jeden einzelnen Mitvollstrecker grundsätzlich auch Verschulden treffen.

dd) Zurechnung von Drittverschulden

Bei Einschaltung Dritter durch Beschluß des Testamentsvollstreckerorgans zur Erledigung von Maßnahmen, die zur Verwaltung des Nachlasses gehören, haben sie aufgrund der Zurechnung nach § 278 das Verschulden des Dritten wie ein eigenes Verschulden als Gesamtschuldner zu vertreten.

c) Schaden

Weitere Voraussetzung des Eintritts der Haftung nach § 2219 Abs. 2 ist das Vorliegen eines durch die Pflichtverletzung adäquat kausal verursachten Schadens und zwar zu Lasten der Erben beziehungsweise Vermächtnisnehmer. Dies ist immer dann zu bejahen, wenn durch die schuldhafte Handlung der Vollstrecker eine Nachlaßverbindlichkeit dennoch wirksam begründet wird.

2. Problematische Anwendungsfälle

Anhand sich aus der Rechtspraxis ergebender problematischer Anwendungsfälle soll das Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen beispielhaft für diese wichtigen Konstellationen geprüft werden.

a) Aufsichtspflicht über Mitvollstrecker

Fraglich ist etwa, ob jeden Vollstrecker eine Art Aufsichtspflicht über die Amtsführung seiner Mitvollstrecker trifft, bei deren Verletzung die Haftung nach § 2219 Abs. 2 eintreten könnte. Ausdrücklich bejaht wird dies für die Parallelregelung des § 1833 Abs. 2 S. 1, die Haftung mehrerer Vormünder betreffend, mit der Begründung „verantwortlich“ im Sinne dieser Regelung sei ein Vormund bereits bei rein kausaler Mitverursachung.²⁹² Verantwortlichkeit im schuldrechtlichen Sinne bedeutet indes nichts anderes als das grundsätzliche Vertretenmüssen von Vorsatz und Fahrlässigkeit, was nicht zuletzt durch die neue jetzt amtliche Überschrift des § 276 klargestellt wird. Entsprechend der vormundschaftlichen Regelung kann somit auch eine schuldhafte Verletzung der Aufsichtspflicht über die Mitvollstrecker die Haftung nach § 2219 Abs. 2 auslösen.

²⁹² Vgl. Bengel/Reimann/Riederer von Paar, Kap. XII Rn. 63.

b) Ernennung von Mitvollstreckern

Einen weiteren Anwendungsfall für die mögliche Haftung der Vollstrecker stellt die Ernennung eines oder mehrerer Mitvollstrecker durch sie gemäß einer nach § 2199 Abs. 1 durch den Erblasser erteilten Ermächtigung dar. Im Gegensatz zum nach § 2198 ernennungsberechtigten Dritten ergibt sich nämlich für die Vollstrecker bei schuldhafter Verletzung ihrer Pflicht zur sorgfältigen Auswahl des oder der Mitvollstrecker und hierauf beruhendem Schadenseintritt die Haftung aus § 2219. Als in diesem Rahmen beispielhafte Verletzung kann die Nichtausübung des Bestimmungsrechts entgegen dem hinter der Ermächtigung durch den Erblasser liegenden erkennbaren Willen angeführt werden.

Fraglich ist allerdings, welche qualitativen Anforderungen an den Sorgfaltsmaßstab im einzelnen gestellt werden können. Denn ex-ante ist die Einschätzung der Eignung einer Person zur Ausübung des Testamentsvollstreckeramtes immer mit gewissen Unwägbarkeiten verbunden. Deshalb ist auch grundsätzlich ein großer Ermessensspielraum einzuräumen. Die Eignung ist aber jedenfalls dann zu verneinen und somit eine Sorgfaltspflichtverletzung bei der Auswahl zu bejahen, wenn das Bestehen oder das spätere Eintreten eines zur Entlassung nach § 2227 tauglichen Grundes bereits im Zeitpunkt der Bestimmung zumindest als wahrscheinlich gilt. Dies ist etwa bei Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung oder bei Bestehen eines grundlegenden Interessenkonflikts und Mißtrauens zwischen Erbe und avisiertem Mitvollstrecker der Fall.²⁹³

c) Kündigung zur Unzeit

§ 2226 S. 1 räumt dem Testamentsvollstrecker zwar das Recht ein, jederzeit zu kündigen, eine Kündigung zur Unzeit ohne wichtigen Grund kann aber Schadensersatzansprüche nach § 2226 S. 3 in Verbindung mit § 671 Abs. 2 S. 2 auslösen.²⁹⁴ Insbesondere müssen der oder die Vollstrecker nach §§ 2226 S. 3, 671 Abs. 2 S. 1 derart kündigen, daß die Erben für die Besorgung der den Testamentsvollstreckern obliegenden Geschäfte anderweitig Vorsorge treffen können.

²⁹³ Vgl. Münchener Kommentar/Brandner, § 2219 Rn. 19, § 2200 Rn. 6.

²⁹⁴ Vgl. OLG Koblenz NJW-RR 1993, 462.

Als Pflichtverletzung im Sinne des § 2219 Abs. 1 ist deshalb anzusehen, wenn es der kündigende Testamentsvollstrecker unterläßt, den Erben oder gegebenenfalls den Nachfolgevollstreckern für die Verwaltung erforderliche Informationen über den Zustand des Nachlasses mitzuteilen oder selbst notwendige Übergangsmaßnahmen zu treffen, was insbesondere bei in den zu verwaltenden Nachlaß fallenden Unternehmensbeteiligungen von großer Bedeutung für die weitere Führung beziehungsweise Kontrolle der Geschäftsführung des Unternehmens ist.

Problematisch ist dann in erster Linie die Ermittlung des Schadensumfangs, da der durch die unterlassenen Maßnahmen verursachte Schaden erst nach der Kündigung eintreten wird. In der Folge kommt es regelmäßig zu überlagernden Schadensverursachungen, was bei den Rechtsfolgen eingehend zu untersuchen sein wird²⁹⁵.

d) Sukzessive Tätigkeit mehrerer Testamentsvollstrecker

Werden hinsichtlich eines zu verwaltenden Nachlasses sukzessiv jeweils mehrere Testamentsvollstrecker tätig, etwa weil einer oder mehrere Vorgänger ihr Amt niedergelegt haben, entlassen wurden oder gestorben sind, stellt sich die Frage inwieweit die Nachfolger für Pflichtverletzungen der Vorgänger haftbar gemacht werden können.

Jedenfalls obliegt die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen Pflichtverletzungen früherer Testamentsvollstrecker nach § 2212 in Verbindung mit § 2041 analog ausschließlich den amtierenden Testamentsvollstreckern.²⁹⁶ Zur ordnungsmäßigen Verwaltung im Sinne des § 2216 Abs. 1 und somit zum Pflichtenkreis der Nachfolgevollstrecker gehört somit auch die Prüfung der Amtsführung der Vorgängervollstrecker. Unterlassen die amtierenden Vollstrecker es, gegebene Schadensersatzansprüche gegen ihre Vorgänger geltend zu machen, liegt darin eine eigene schuldhaftige Pflichtverletzung mit der Folge, daß sie selbst vollumfänglich nach § 2219 Abs. 1 für den entstandenen Schaden haften.

²⁹⁵ Siehe unten S. 142 ff.

²⁹⁶ Vgl. BGH MDR 1958, 670 in ausdrücklicher Bestätigung von RGZ 138, 132; zustimmend u.a. Münchener Kommentar/Brandner, § 2219 Rn. 6; RGRK/Kregel, § 2219 Anm. 3; Soergel/Damrau, § 2219 Rn. 2; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, Rn. 780.

3. Rechtsfolge

a) Im Außenverhältnis

aa) Gesamtschuldnerische Haftung nach § 2219 Abs. 2

Sind die Voraussetzungen des § 2219 Abs. 2 erfüllt, ordnet dieser als Rechtsfolge die gesamtschuldnerische Haftung der Testamentsvollstrecker im Sinne der §§ 421 ff. an.

Dies fügt sich in die Systematik der entsprechenden Regelungen der Haftung bei Vorhandensein einer Mehrheit von Vormündern im Sinne des § 1833 Abs. 2 beziehungsweise von Vorstandsmitgliedern oder Liquidatoren eines eingetragenen Vereins nach § 42 Abs. 2 S. 2 oder § 53 ein. Im Vergleich zu letzteren ist das Schutzbedürfnis der Erben sogar noch dadurch gesteigert, daß die Testamentsvollstrecker durch sie nicht entsprechend wie Liquidatoren durch die Vereinsmitglieder abberufen werden können und eine Entlassung nach § 2227 lediglich den Ausnahmefall darstellt.

Darüber hinaus sind aber auch die grundsätzlichen Wesensmerkmale des gesetzlichen Grundfalls der Gesamtschuld, das Vorliegen einer Mehrheit von gleichstufigen Schuldverhältnissen mit mehreren Schuldnern zur Befriedigung desselben Interesses und bei lediglich einmaliger Forderungsberechtigung des Gläubigers²⁹⁷, gegeben. Die gleichmäßige Haftung der Mitvollstrecker als Gesamtschuldner kann somit als Kehrseite der nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 grundsätzlich notwendigen Gesamtvertretung angesehen werden.

Für den konkreten Fall eines durch die Testamentsvollstrecker verschuldeten Schadenseintritts bedeutet die Anwendbarkeit der Regeln über die Gesamtschuld, daß sich der betroffene Erbe beziehungsweise Vermächtnisnehmer direkt an einen der Mitvollstrecker bezüglich der gesamten Ersatzforderung wenden kann, ohne jeden einzelnen anteilig in Anspruch nehmen zu müssen. Die Behandlung als Gesamtschuld stellt mithin eine Privilegierung des Gläubigers dar, die sich aus der ratio des § 2219 als Erbenschutzbestimmung begründen läßt.

Trotz dieses Primärzwecks der gesetzlichen Haftungsregelung bei einer Mehrheit von Testamentsvollstreckern bleibt aber auch hier ein etwaiges Mitverschulden der Erben, zum

²⁹⁷ Vgl. Staudinger/Noack, § 421 Rn. 27 ff.

Beispiel im Fall der unterlassenen Klage trotz Erkennbarkeit des drohenden Schadenseintritts auch für sie²⁹⁸, nach § 254 in Form einer entsprechenden Anspruchskürzung berücksichtigungsfähig.

bb) Gesamtschuldnerische Haftung sukzessiv tätiger mehrerer Testamentsvollstrecker ?

Fraglich ist aber, ob auch mehrere sukzessiv tätige Testamentsvollstrecker im Außenverhältnis gesamtschuldnerisch haften.²⁹⁹

(1) Anwendbarkeit von § 2219 Abs. 2 ?

Nach einhelliger Literaturansicht³⁰⁰ findet jedenfalls die Anordnung gesamtschuldnerischer Haftung nach § 2219 Abs. 2 nur auf „mehrere Testamentsvollstrecker“ im Sinne des § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 1, die ihr Amt gemeinschaftlich führen, Anwendung und somit nicht auf nacheinander tätige Testamentsvollstrecker. Neben Wortlaut und Gesetzessystematik spricht hierfür auch teleologisch, daß andernfalls ein Testamentsvollstrecker, welcher nach Amtsaufgabe durch seinen Vorgänger diesen in Anspruch nehmen muß, mit ihm gesamtschuldnerisch haften würde, was offensichtlich nicht Ziel der Regelung sein könne.³⁰¹

Diese einschränkende Anwendung gilt aber nur für die Anspruchsgrundlage des § 2219 Abs. 2, insbesondere stellt dieser keine abschließende Regelung hinsichtlich der Testamentsvollstreckerhaftung dar.

(2) Gesamtschuld im Sinne der §§ 421 ff.

Eine gesamtschuldnerische Haftung mehrerer sukzessiv tätiger Testamentsvollstrecker könnte sich folglich aufgrund der §§ 421 ff. ergeben.

²⁹⁸ Vgl. RGZ 138, 132 (137).

²⁹⁹ Vgl. Reimann, in: ZEV 2004,

³⁰⁰ Vgl. Bamberger/Roth/J. Mayer, § 2219 Rn. 5, Münchener Kommentar/Brandner, § 2219 Rn. 5; RGRK/Kregel, § 2219 Anm. 9; Soergel/Damrau, § 2219 Rn. 9; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, Rn. 775.

³⁰¹ Vgl. Bengel/Reimann/Riederer v. Paar, Kap. XII Rn. 60 ff.

(a) Problemstellung

Zentrale Voraussetzung hierzu ist wie dargelegt³⁰² eine Mehrheit gleichstufiger Schuldverhältnisse. Bei sukzessiv tätigen Vollstreckern liegt hier das Problem in der Zugehörigkeit der Schadensersatzansprüche gegen die früheren Testamentsvollstrecker kraft dinglicher Surrogation nach § 2041 analog zum Nachlaß, mit der Folge, daß die Nachfolgervollstrecker insbesondere wegen § 2212 der Erfüllung der Schadensersatzforderung im Außenverhältnis näher stehen als die Vorgängervollstrecker und somit Gleichstufigkeit im Sinne der §§ 421 ff. zu verneinen wäre.

Dies ist auch tatsächlich der Fall, wenn sich die einzelnen Abschnitte der Verwaltung und damit auch die einzelnen Schadensverursachungen durch die jeweils tätigen Vollstrecker sauber trennen lassen. Problematisch erscheint dies hingegen, wenn Überlagerungen und Verzahnungen hinsichtlich der Pflichtverletzungen vorliegen und infolgedessen die einzelnen Verursachungs- und Zurechenbarkeitsanteile konkret kaum mehr zu ermitteln oder nachzuweisen sind. Als Beispiel hierzu kann die im Rahmen der Verwaltung von Gesellschaftsanteilen über sämtliche Vollstreckeramtsperioden fortdauernde und fortwirkende verletzte Pflicht zur Aufsicht über die Geschäftsführer dienen, die schließlich zur Insolvenz des Unternehmens führt. Hier würde eine abgestufte Haftung zu sachfremden Ergebnissen führen, da die zuletzt tätigen Testamentsvollstrecker vollumfänglich haften müßten, ohne daß ihnen der Gesamtschuldnerausgleich im Innenverhältnis nach § 426 Abs. 1 zustünde, wodurch letztlich die Grenze der Zumutbarkeit überschritten würde.

(b) Obergerichtliche Parallelentscheidungen

So hat der BGH³⁰³ jüngst für den Fall zwei nacheinander tätiger Bauunternehmer, also eigentlich gestufter Haftung, aufgrund der Überlagerung der Schadensursachen dennoch Gesamtschuldnerschaft bejaht. Zwar fehle es an der Identität der übernommenen Pflichten, maßgeblich sei indes das Vorliegen einer Zweckgemeinschaft dergestalt, daß die beiden Unternehmer im Rahmen ihrer Gewährleistungspflicht, sofern nur eine Sanierungsmöglichkeit in Betracht kommt, gleichstufig miteinander verbunden seien und

³⁰² Vgl. S. 141 und Fußnote 297.

³⁰³ Vgl. BGH NJW 2003, 2980

einen einheitlichen Erfolg schuldeten. Schließlich führt er wertend an, es sei „nicht nachvollziehbar, wenn bei einer inhaltlich sich überlagernden Gewährleistungspflicht der zunächst in Anspruch genommene Unternehmer die Kosten der Sanierung zu tragen hätte, ohne zu einem internen Ausgleich berechtigt zu sein.“³⁰⁴

Mit Stamm³⁰⁵ kann in dieser grundlegenden Entscheidung des BGH die Rückbesinnung auf die Gesamtschuld als das maßgebliche Regreßinstitut des BGB und die Tendenz zu einer Rechtsvereinheitlichung im Regreßrecht gesehen werden. Denn auch im Unfallrecht hat die Rechtsprechung³⁰⁶ trotz gestaffelter Verursachung eines Schadens gesamtschuldnerische Haftung zwischen Unfallverursacher und behandelndem Arzt wegen einer Fehlbehandlung beziehungsweise dem seiner Aufsichtspflicht nicht genügenden Elternteil bejaht.

(c) Übertragbarkeit

Für die Übertragung insbesondere der hinter der BGH-Entscheidung zum Baugewährleistungsrecht stehenden Wertungen auf mehrere sukzessiv tätige Testamentsvollstrecker bei sich überlagernden Pflichtverletzungen spricht die Vergleichbarkeit der Interessenlage, da auch hier die Pflichtverletzungen aufeinander aufbauen und in diesem Sinn eine Zweckgemeinschaft bilden. Besonderes Gewicht erlangt im Testamentsvollstreckerrecht darüber hinaus das Argument des BGH, aus Wertungsgesichtspunkten einen Gesamtschuldnerausgleich ermöglichen zu müssen. Denn für den Ausgleich im Innenverhältnis mehrerer Testamentsvollstrecker gilt es neben § 254 auch noch § 1833 Abs. 2 S. 2 analog mit den dahinterstehenden gesetzlichen Wertungen³⁰⁷ anzuwenden. Die daraus resultierende Notwendigkeit einer flexiblen Haftungsquotelung vermag aber allein die dynamische Regelung des § 426 zu gewährleisten.

Schließlich spricht auch das schutzwürdige Interesse der Erben als Geschädigte für die Annahme einer Gesamtschuld, da es für sie bei sich überlagernden Pflichtverletzungen schwerlich möglich sein wird, die konkreten Verursachungs- und Zurechnungsanteile der jeweiligen Testamentsvollstrecker nachweisen zu können.

³⁰⁴ BGH NJW 2003, 2980.

³⁰⁵ Vgl. Stamm, in: NJW 2003, 2944

³⁰⁶ Vgl. OLG Köln, Versicherungsrecht 1997, 1367; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 99.

³⁰⁷ Siehe ausführlich unten S. 147.

(d) Ergebnis

Die gesamtschuldnerische Haftung mehrerer sukzessiv tätiger Testamentsvollstrecker ergibt sich bei überlagernden Pflichtverletzungen somit aus §§ 421 ff., wirken die Pflichtverletzungen hingegen nicht auf die folgenden Abschnitte fort, haften nur die in der jeweiligen Amtsperiode gemeinschaftlich tätigen Mitvollstrecker gesamtschuldnerisch nach § 2219 Abs. 2 für den von ihnen verursachten Schaden.

b) Im Innenverhältnis

Während die Testamentsvollstrecker als Gesamtschuldner im Außenverhältnis gegenüber dem Erben bei Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen in vollem Umfang für die Schuld eintreten müssen, stellt sich im Innenverhältnis die Frage von Haftungserleichterungen oder sogar Fällen der Haftungsbefreiung.

aa) Grundsatz

Als gesetzlich in § 426 Abs. 1 S. 1 geregelter Grundsatz gilt die Verpflichtung, den Schaden zu gleichen Anteilen zu tragen. Dieser beinhaltet folglich für den Fall, daß ein Mitvollstrecker in Vorleistung bezüglich des gesamten Anspruchs des Gläubigers getreten ist, einen jeweils quotenmäßigen Ausgleichsanspruch gegen die übrigen.

Liegt hingegen erhöhtes Verschulden auf Seiten eines oder mehrerer Mitvollstrecker vor, stellt sich die Frage eines entsprechend umverteilenden Ausgleichsanspruchs im Innenverhältnis. So will etwa Sauerlandt³⁰⁸ für die Fälle grundloser Verweigerung der Mitwirkung einzelner Mitvollstrecker den übrigen einen Anspruch aus §§ 2216, 2219 analog gewähren, den sie für den Nachlaß gegen die anderen Vollstrecker geltend machen können, zumindest wenn dieser Anspruch sich auf einen ihrer Verwaltung unterliegenden Gegenstand oder Recht bezieht.

³⁰⁸ Vgl. Sauerlandt, in: DFG 1940, 11.

bb) Modifizierungen aufgrund Geschäftsverteilungsvereinbarung

Fraglich ist des weiteren die Auswirkung einer Geschäftsverteilungsvereinbarung durch die Testamentsvollstrecker. Soweit sie nicht auf einer ausdrücklichen Ermächtigung durch den letzten Willen des Erblassers zur selbständigen Wahrnehmung eines besonderen Wirkungskreises beruht, kann ihr jedenfalls keine Befreiungswirkung im Außenverhältnis zukommen, da die Regelung des § 2219 Abs. 2 aufgrund ihrer Zielrichtung des Gläubigerschutzes - wie oben ausführlich dargelegt - nicht zur Disposition der Testamentsvollstrecker als Schuldner gestellt werden kann, was allerdings die Relevanz ihrer eventuell bestehenden Wirkung im Innenverhältnis entsprechend erhöht. Insbesondere könnte die Vereinbarung der Testamentsvollstrecker über ihre Geschäftsverteilung eine andere Bestimmung im Sinne des § 426 Abs. 1 S. 1 sein.

Da die Art des Innenausgleichs durch die Gesamtschuldner frei modifizierbar ist, sind an die abändernde Bestimmung keine hohen Anforderungen zu stellen, insbesondere ist auch eine stillschweigende Vereinbarung oder die Annahme als Folge einer ergänzenden Auslegung möglich.³⁰⁹ Enthält die Vereinbarung der Testamentsvollstrecker eine ausdrückliche Regelung über die Haftung im Innenverhältnis, gilt diese somit als andere Bestimmung im Sinne des § 426 Abs. 1 S. 1 und kann bis hin zur vollen Haftungsbefreiung der übrigen Mitvollstrecker im Verhältnis zu dem mit dem jeweiligen Geschäftsbereich Betrauten grundsätzlich frei die Art und Weise der Haftung diesbezüglich verändern. Ansonsten ist die Regelung über die Geschäftsverteilung anhand der Umstände und erkennbaren Interessen der Testamentsvollstrecker im Hinblick auf eine Modifizierung der Haftung auszulegen. Ist einem Vollstrecker ein Geschäftsbereich frei verantwortlich zugewiesen, wird aber in der Regel ein Wille zur Haftungsbefreiung der anderen für den Fall seines Verschuldens anzunehmen sein.

cc) Übertragbarkeit des § 1833 Abs. 2 S. 2

Für die Fälle der Haftung wegen Verletzung der Aufsichtspflicht über andere Mitvollstrecker wird die analoge Anwendung des im Innenverhältnis haftungsbefreiend

³⁰⁹ Vgl. BGH WM 1983, 1386.

wirkenden § 1833 Abs. 2 S. 2 vorgeschlagen³¹⁰. Dazu müßten die Voraussetzungen für eine Analogie vorliegend gegeben sein.

(1) Planwidrige Regelungslücke

Für die Haftung mehrerer Testamentsvollstrecker im Innenverhältnis bei einer Aufsichtspflichtverletzung ist eine Regelungslücke vorhanden. Fraglich ist indes, ob dieser Fall vom Gesetzgeber bewußt oder unbewußt ungeregt geblieben ist. Die für diese Konstellation im Vormundschaftsrecht in § 1833 Abs. 2 S. 2 und im Recht der unerlaubten Handlung in § 840 Abs. 2 zu findenden Vorschriften können dabei auf der einen Seite als *argumentum e contrario* herangezogen werden, daß dem Gesetzgeber das Problem der Aufsichtspflichtverletzung im Innenverhältnis der Gesamtschuldner durchaus bekannt war und das Fehlen einer entsprechenden Vorschrift im Recht der Testamentsvollstreckung deshalb eine bewußte Entscheidung gewesen sein müsse. Auf der anderen Seite kann aber mit gleichem Recht dahingehend argumentiert werden, daß, wenn sogar den voll deliktisch handelnden Gesamtschuldner die Haftungserleichterung des § 840 Abs. 2 im Innenverhältnis treffen soll, diese nach dem Willen des Gesetzgebers erst recht dem nach § 2219 Abs. 2 haftenden Mitvollstrecker zugute kommen solle, weshalb die Regelungslücke eine unbewußte sein müsse. Da auch aus den Materialien demnach kein eindeutiger Wille des Gesetzgebers gewonnen werden kann, sollte die Frage der entsprechenden Anwendbarkeit auf der Wertungsebene betrachtet werden.

(2) Vergleichbarkeit

Dies führt zur Untersuchung der Vergleichbarkeit der Regelungsbereiche der genannten Haftungsnormen.

§ 1833 Abs. 2 S. 2 enthält wie die Parallelregelung in § 840 Abs. 2 den Rechtsgedanken, daß die Verletzung einer Aufsichtspflicht zwar wegen der primären Schutzwürdigkeit des Gläubigers im Außenverhältnis die volle Haftung infolge des verwirklichten Erfolgsunrechts auslöst, indes im Innenverhältnis dem handelnden Mitgesamtschuldner gegenüber die nachrangige Haftung aus Wertungsgesichtspunkten, insbesondere aufgrund

³¹⁰ Vgl. Bengel/Reimann/Riederer v. Paar, Kap. XII Rn. 56.

des von ihm zu verantwortenden Handlungsunrechts, angezeigt ist³¹¹. Denn es erscheint sachgerecht, für Überwachungsfehler demjenigen gegenüber eintreten zu müssen, zu dessen Schutz die entsprechende Pflicht zur Überwachung besteht, nicht aber gegenüber dem voll verantwortlich Handelnden, dem in Relation das eigentliche Verschulden zur Last fällt.

Diese teleologischen Gesichtspunkte gilt es nun bezüglich der Haftungssituation zwischen Testamentsvollstreckergremium und Erben auf ihre Übertragbarkeit hin zu untersuchen.

Wie bereits dargelegt liegt der Sinn und Zweck der testamentsvollstreckungsrechtlichen Haftungsnorm des § 2219 Abs. 2 im Schutz der Erben als Gläubiger im Ausgleich für die bestehende Machtfülle der Stellung der Testamentsvollstrecker, wozu die gesamtschuldnerische Haftung im Außenverhältnis dient. Der Haftungsausgleich im Innenverhältnis der Vollstrecker nach erfolgter Befriedigung der Erben kann hingegen losgelöst von dieser Zweckbestimmung vollzogen werden. Auch die haftungsauslösende Aufsichtspflicht resultiert allein aus ihrer Amtsstellung und der Verantwortung gegenüber den Erben. So hat sie im Unterschied zur vormundschaftlichen Regelung in § 1799 Abs. 1 S. 1 keine ausdrückliche gesetzliche Normierung gefunden. Die Kriterien für den Innenausgleich der Gesamtschuldner lassen sich auch allgemein allein ihrem Verhältnis untereinander entnehmen. Im Innenverhältnis der Mitvollstrecker handelt aber jeder voll eigenverantwortlich und sollte deshalb auch für das ihn persönlich treffende Verschulden in entsprechendem Maß eintreten müssen.

(3) Ergebnis

Die genannten Billigkeitserwägungen treffen folglich auf das Innenverhältnis der Testamentsvollstrecker genauso in vollem Umfang zu wie für die Situation mehrerer Vormünder, weshalb die analoge Anwendung des § 1833 Abs. 2 S. 2 auf die Haftung mehrerer Testamentsvollstrecker zu bejahen ist.

Klarstellend festzuhalten ist allerdings, daß § 1833 Abs. 2 S. 2 mangels bestehenden Gesamtschuldverhältnisses bereits keine direkte und somit erst recht keine für die Testamentsvollstreckung analoge Anwendung bei Haftung Dritter neben den Vormündern beziehungsweise den Testamentsvollstreckern finden kann.

³¹¹ Vgl. Motive IV, 1179, die insoweit „überwiegende Rücksichten der Billigkeit“ anführen.

II. Haftung aus allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften

Die Anwendbarkeit der Haftungsnorm des § 2219 ist ausdrücklich auf diejenige gegenüber Erben und Vermächtnisnehmern beschränkt. Folglich stellt sich die Frage, nach welchen Regeln die Testamentsvollstrecker gegenüber Dritten, wie etwa Pflichtteilsberechtigten, Auflagebegünstigten oder Nachlaßgläubigern haften. Mangels spezialgesetzlicher Regelung muß es hier bei der Einschlägigkeit der allgemeinen zivilrechtlichen Schadensersatzregelungen bleiben.

Was die Geltendmachung eines Schadens durch Dritte betrifft, ist allerdings zu betonen, daß eine direkte Schädigung diesem gegenüber notwendige Haftungsvoraussetzung ist, ein als bloßer Reflex einer Handlung gegenüber Erben oder Vermächtnisnehmer einzustufender Schaden somit in der Regel nicht ausreichend sein wird.³¹² Von Muscheler³¹³ wurde indes angeregt, für den Fall eines aufgrund nicht ordnungsgemäßer Verwaltung der Testamentsvollstrecker auch bei der Gesamtheit der Nachlaßgläubiger eingetretenen Schadens mangels direkten Anspruchs der Gläubiger den Erben, die Geltendmachung im Wege der Drittschadensliquidation zu ermöglichen.

Was die Auflagebegünstigten aus dem Testament betrifft, liegt aber keinesfalls ein direktes Haftungsverhältnis vor, da diese nach § 1940 grundsätzlich keinen Anspruch auf die Leistung haben und infolgedessen auch kein Schuldverhältnis gegenüber den Testamentsvollstreckern bestehen kann.³¹⁴

1. Vertragliche und vorvertragliche Ansprüche

a) Allgemeines

In Betracht kommen zunächst für den Fall des Vorliegens rechtsgeschäftlicher Beziehungen zwischen Dritten und Vollstreckern die jeweiligen vertraglichen Schadensersatzansprüche.

³¹² Vgl. Pickel, S. 197.

³¹³ Vgl. Muscheler, S. 226 ff.

³¹⁴ Vgl. RG WarnR 1937 Nr. 133; Muscheler, S. 182, schlägt vor, diese Haftungslücke gegebenenfalls durch Gewährung eines entsprechenden Schadensersatzanspruchs an den Erben zu schließen.

Wurden die rechtsgeschäftlichen Beziehungen erst aufgenommen und ist es bereits vor Vertragsabschluß zu einem Schadenseintritt gekommen, ergibt sich die vorvertragliche Haftung der Vollstrecker aus § 311 Abs. 2.

Allerdings haften sie solange sie sich im Rahmen einer ordnungsmäßigen Verwaltung im Sinne des § 2216 Abs. 1 bewegen nur mit dem Nachlaß, bei Überschreiten dieser Grenze hingegen grundsätzlich persönlich.

b) Haftung aus rollengebundenem Vertrauen

Aufgrund ihrer unabhängigen Rechtsstellung und der zugleich bestehenden Fülle gesetzlich vermuteter Rechtsmacht könnte aber ein rollengebundenes Vertrauen in die Institution der Testamentsvollstreckung und in die Person des Testamentsvollstreckers, die zumindest in Einzelfällen auch eine Eigenhaftung des Vollstreckers zur Folge haben könnte, bestehen.

Als erster bejahte Ballerstedt in seinem grundlegenden Aufsatz³¹⁵ die Eigenhaftung des Testamentsvollstreckers bereits im vorvertraglichen Bereich basierend auf dem Vertrauensgedanken. Denn aufgrund der ihm gesetzlich verliehenen Befugnis, mit unmittelbarer Wirkung für den Nachlaß zu handeln, sei er selbst bereits mit Aufnahme von Vertragsverhandlungen als eigentlich faktischer Herr des Geschäfts anzusehen. Jedenfalls könne der Erbe mangels Einflusses auf die Auswahl der Person und mangels jeglichen Weisungsrechts auch ohne Einwirkungsmöglichkeit auf die konkreten Verhandlungen des Testamentsvollstreckers nicht als solcher angesehen werden. Vertrauensträger sei allein der die Verhandlungen beherrschende Vollstrecker, der somit gegenüber Dritten für die Enttäuschung des bestehenden rollengebundenen Vertrauens auch alleine einzustehen habe. Aufgegriffen wird die Haftung des Testamentsvollstreckers aus institutionalisiertem Vertrauen von Muscheler³¹⁶, dem es zudem gelingt, die bestehenden Einwände gegen eine solche Eigenhaftung zu entkräften. Dem Einwurf, daß der Dritte durch das Verhandeln mit dem Testamentsvollstrecker bei Bejahung der Eigenhaftung im Ergebnis besser stünde als wenn er mit den Erben selbst verhandelt hätte, da ihm dann beide haften und somit das Insolvenzrisiko geringer wird, entgegnet er, daß die Doppelhaftung von Vertreter und Vertretenem grundsätzlich anerkannt werde und sich hier das Risiko des Dritten im

³¹⁵ Vgl. Ballerstedt, AcP 151, 501 (525 ff.).

³¹⁶ Vgl. Muscheler, S. 195 ff.

Vergleich durch die Möglichkeit einer Beschränkung der Erbenhaftung sogar noch erhöhe. Dem weiteren Einwand der unzumutbaren Härte einer rollengebundenen Eigenhaftung begegnet er überzeugend durch den Verweis auf §§ 179, 54 S. 2 sowie § 11 GmbHG, die bestätigen, daß eine Eigenhaftung des Vertreters durchaus der Wertung des Gesetzes entsprechen könne, und die Rechtsfolge der Vertrauenshaftung ja keine Erfüllungshaftung sondern den Ersatz des negativen Interesses darstellt, was im Hinblick auf die übliche Vergütung und die Möglichkeit einer Haftpflichtversicherung den Vollstrecker keineswegs unbillig benachteiligen würde.

Enttäuscht der Testamentsvollstrecker das bestehende institutionalisierte Vertrauen in sein Amt haftet er somit persönlich nach § 311 Abs. 2, 3.

Als möglicher praktischer Anwendungsfall hierzu kann etwa die Vereinbarung zwischen Erben und Testamentsvollstreckern über das Ruhen der Testamentsvollstreckung dienen, die derart ausgestaltet ist, daß die Verwaltung des Nachlasses im Innenverhältnis völlig den Erben überlassen wird. Aufgrund des bestehenden institutionalisierten Vertrauens in das Amt des Testamentsvollstreckers würden die Mitvollstrecker im Außenverhältnis dann nichtsdestotrotz weiterhin nach § 311 Abs. 2, 3 haften.

2. § 179

Aufgrund der mit der Mehrheit von Testamentsvollstreckern in Einzelfällen verbundenen notwendigen Stellvertretung untereinander kommt auch die Vertrauenshaftung des Vertreters im Interesse der Verkehrssicherheit nach § 179 als Haftungsgrundlage in Betracht.

Die Haftung eines Testamentsvollstreckers als Vertreter ohne Vertretungsmacht nach § 179 ergibt sich beispielhaft für den Fall der Vornahme eines Verpflichtungsgeschäfts durch einen oder mehrere Mitvollstrecker, ohne daß dieses durch das Notverwaltungsrecht nach § 2224 Abs. 2 oder die ansonsten für den Regelfall der Gesamtvertretung erforderliche Zustimmung der anderen Vollstrecker gedeckt gewesen war. Besondere Beachtung verdient hierbei allerdings die Haftungsbefreiung nach § 179 Abs. 3 S. 1, wenn die Verwaltung des Nachlasses durch eine Mehrheit von Testamentsvollstreckern aus dem Testamentsvollstreckerzeugnis ersichtlich ist und der Dritte sich dieses aber nicht zeigen hat lassen, da dann wegen seiner darauf beruhenden Fahrlässigkeit auch zugunsten der

handelnden Vollstrecker die haftungsbefreiende Wirkung des § 179 Abs. 3 S. 1 eintreten wird.

Entsprechendes gilt für das Tätigwerden eines Dritten auf Geheiß eines oder mehrerer Mitvollstrecker ohne Rücksprache mit den übrigen, obwohl die Maßnahme der gemeinschaftlichen Verwaltung unterliegt und kein Ausnahmefall nach § 2224 Abs. 2 gegeben ist. Dieses ist folglich - soweit kein Aufsichtsverschulden der übrigen vorliegt - allein diesen Mitvollstreckern nach § 278 zurechenbar, die nach außen gemäß § 179 haftbar zu machen sind.

Darüber hinaus haften die Mitvollstrecker bei einvernehmlichem Überschreiten der ihnen bezüglich der Verwaltung des Nachlasses zukommenden Rechtsmacht nicht nur den Erben nach § 2219, sondern auch Dritten gemeinschaftlich nach § 179. Hier gilt aber grundsätzlich nichts anderes als beim Einzelvollstrecker.³¹⁷

3. Deliktische Ansprüche

Im übrigen verbleiben die deliktsrechtlichen Ansprüche nach §§ 823 ff., die grundsätzlich auch wenn sie bei Gelegenheit einer nachlaßverwaltenden Tätigkeit der Testamentsvollstrecker entstehen und deshalb in der Regel zugleich den Nachlaß haftbar machen, gegen diese persönlich zu richten sind.

Werden in diesen Fällen Nachlaßmittel in Anspruch genommen, steht den Erben ein Regreßanspruch gegen die deliktisch handelnden Vollstrecker aus § 2219 zu. Die deliktische Haftung mehrerer Testamentsvollstrecker gestaltet sich aufgrund der entsprechenden allgemeinen Regelung des § 840 Abs. 1 ebenso wie nach § 2219 Abs. 2 bei vorausgesetztem Verschulden jedes einzelnen als Gesamtschuld, weshalb sich hier keine Besonderheiten ergeben.

³¹⁷ Vgl. ausführlich hierzu Muscheler, S.187 ff.

III. Gesellschaftsrechtliche Haftung

1. Problemstellung

Besondere Probleme wirft die treuhänderische Haftung im Rahmen einer Personengesellschaft auf, weil die Verwaltung eines Anteils an ihr durch Testamentsvollstreckung, mit Ausnahme der Kommanditbeteiligung³¹⁸, aufgrund der damit verbundenen unbeschränkten persönlichen Haftung im Gegensatz zur Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß im Rahmen der Testamentsvollstreckung nach § 2206 überhaupt nur dergestalt möglich ist, daß etwa einer der Mitvollstrecker kraft Erblasserordnung als Treuhänder im eigenen Namen unter eigener persönlicher Haftung für die Erben Mitgesellschafter wird.³¹⁹

Eine solche Stellung kann innerhalb des Testamentsvollstreckerorgans aber nur ein einzelner und zwar in seiner Person und nicht in seiner Eigenschaft als Mitvollstrecker einnehmen.³²⁰ Die Möglichkeit einer direkten treuhänderischen Verwaltung solcher vollhaftender Beteiligungen durch ein eingesetztes Testamentsvollstreckerorgan scheidet deshalb aufgrund der gegebenen Unvereinbarkeit der erbrechtlichen mit den personengesellschaftsrechtlichen Haftungsgrundsätzen von vornherein aus.

2. Lösungsvorschlag

Die Verwaltung einer vollhaftenden Beteiligung an einer Personengesellschaft durch eine Mehrheit von Testamentsvollstreckern ist aber mittelbar dadurch zu erzielen, daß eine GmbH zum Treuhänder des Erben bestellt wird, deren Gesellschafter wiederum die Testamentsvollstrecker sind, oder direkt die GmbH als juristische Person zum Testamentsvollstrecker ernannt wird und die natürlichen Personen, die als Mitvollstrecker vorgesehen waren, als GmbH-Geschäftsführer eingesetzt werden.³²¹ Die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung durch eine GmbH als juristische Person ist inzwischen auch

³¹⁸ Die grundsätzliche Wahrnehmung der Rechte eines Kommanditisten durch Testamentsvollstrecker ist hingegen höchstrichterlich anerkannt (vgl. BGH DNotZ 1990, 183 mit Anmerkung Reimann).

³¹⁹ Vgl. Richardi, S. 56 ff.

³²⁰ Vgl. Haegele/Winkler, Rn. 349.

³²¹ Vgl. Klußmann, in: BB 1966, 1209 (1210).

allgemein anerkannt³²² und ergibt sich zudem unmittelbar aus dem gesetzlichen Verweis in § 2210 S. 3 auf § 2163 Abs. 2, der eine Sonderregelung ausschließlich für juristische Personen enthält.

Durch diese Zwischenschaltung einer GmbH wird hier die für die Testamentsvollstreckung im Außenverhältnis untypische unbeschränkte persönliche Haftung vermieden, da das wirtschaftliche Haftungsrisiko auf das Eigenkapital der Gesellschaft beschränkt bleibt. Auch wenn sie in diesem Rahmen dann nicht offiziell als Mitvollstrecker auftreten, wächst ihnen aber durch ihre Position innerhalb der GmbH zumindest de facto die Rechtsmacht zu, die einer verwaltenden Testamentsvollstreckung entspricht. Dem Erblasser steht es zudem frei durch entsprechende Ausgestaltung der Satzung der GmbH, die Pflichten und Befugnisse der Geschäftsführer noch weiter denjenigen von Testamentsvollstreckern oder aber seinen persönlichen Wünschen bezüglich der Verwaltung der Unternehmensbeteiligungen anzugleichen.

³²² Vgl. Münchener Kommentar/Brandner, § 2197 Rn. 9; Palandt/Edenhofer, § 2197 Rn. 7, Soergel/Damrau, § 2197 Rn. 8; Staudinger/Reimann, § 2197 Rn. 50.

F) Vergütung

Die aufgezeigten umfassenden Tätigkeitsfelder der Verwaltung des Nachlasses durch mehrere Testamentsvollstrecker und die damit einhergehende Verantwortung vor allem bei den zahlreichen denkbaren Konfliktfeldern werfen die Frage einer sachgerechten Vergütung auf. Dabei gilt es das auf der Hand liegende Spannungsverhältnis zwischen Sicherstellung einer kompetenten und motivierten Testamentsvollstreckertätigkeit auf der einen Seite und der möglichst geringen Schmälerung des Nachlaßwertes im Interesse der Erben auf der anderen Seite in Einklang zu bringen.

I. Anordnungen des Erblassers

Entsprechend der ausdrücklichen Subsidiarität der gesetzlichen Regelung des § 2221 ist für die Vergütung der Testamentsvollstrecker in erster Linie die Anordnung in der letztwilligen Verfügung des Erblassers maßgeblich.

1. Gestaltungsmöglichkeiten

Dieser ist in ihrer Ausgestaltung grundsätzlich frei. Das bedeutet insbesondere, daß die festgesetzte Vergütung keiner Angemessenheitskontrolle unterliegt, da es den ernannten Testamentsvollstreckern freisteht, das Amt anzunehmen und auch nach Annahme die Möglichkeit der Kündigung nach § 2226 jederzeit besteht.

a) Motive des Erblassers

Im Extremfall kann er somit die Vergütung sogar ausschließen, was angesichts der verantwortungsvollen Position der Testamentsvollstrecker wohl aber nur bei geringen Nachlaßwerten und reiner Abwicklungsvollstreckung tatsächlich in Betracht kommen wird. Umgekehrt ist es in der Regel im Interesse des Erblassers, eine eher hohe Vergütung zu bestimmen, um einen Anreiz für die Annahme des Amtes zu schaffen. Denn gerade bei Einsetzung eines Testamentsvollstreckerergremiums ist der tatsächliche Amtsantritt möglichst aller eingesetzten Mitvollstrecker für die Umsetzung der mit der Anordnung verknüpften

Ziele des Erblassers unabdingbar. Eine großzügig bemessene Vergütung wird es den Vollstreckern zudem erleichtern, sich strikt an die Vorgaben des Erblassers zu halten und sich Beeinflussungsversuchen der Erben zu entziehen. So kann etwa die Zuwendung eines Vermächtnisses ausdrücklich unter die aufschiebende Bedingung der Annahme des Testamentsvollstreckeramtes gestellt werden, bei Bestimmung einer sehr hohen Vergütung wird dies bezüglich des überschießenden Betrags sogar unterstellt, mit der Folge, daß der überschießende Teil der Vergütung der Erbschaftsteuer gemäß §§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 1 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG unterliegt.³²³

Der Erblasser kann darüber hinaus die Art und Weise der Vergütung regeln, etwa einmalige oder jährliche Zahlung, Pauschalbetrag oder Abrechnung nach Aufwand und dadurch dem besonderen Charakter des zu verwaltenden Nachlasses Rechnung tragen oder auch weitere Anreize wie zum Beispiel in Form einer gewährten Umsatz- oder Gewinnbeteiligung schaffen.

b) Differenzierungsmöglichkeiten

Des weiteren besteht gerade bei einer Mehrheit von Testamentsvollstreckern die Möglichkeit bei der Vergütung zu differenzieren.

Ist beispielsweise ein Miterbe zugleich Mitvollstrecker, wird es in seinem ureigensten Interesse liegen, die Vollstreckertätigkeit anzutreten und gewissenhaft wahrzunehmen. Besonderer Anreize über die Vergütung bedarf es in diesem Fall nicht, weshalb auch eine niedrige Vergütung etwa in Form einer reinen Aufwandsentschädigung hier ihren Zweck erfüllen kann. Ähnliches kann für selbst wohlhabende Freunde oder Verwandte gelten, die aus persönlicher Verbundenheit zum Erblasser ihre Mitwirkung im Testamentsvollstreckerergremium bereits zugesichert haben. Soll hingegen die Mitvollstreckerstellung einer weniger nahestehenden Person angestrebt werden, die aufgrund ihrer beruflichen Kompetenz, Erfahrung und Neutralität ausgewählt wurde, empfiehlt sich eine höhere Vergütung, welche sich an Aufwand und Größe des Nachlasses sowie entscheidend am üblichen Einkommen des Ausgewählten orientieren sollte. Weiterhin kann der Erblasser durch Entscheidung für eine als Einkommen zu versteuernde

³²³ Vgl. KG OLGE 18, 317; BayObLG Rpfleger 1982, 227; Kirnberger, S. 133.

Vergütung oder die Zuwendung allein eines Vermächnisses die für den jeweiligen Mitvollstrecker steuerlich günstigere Form wählen.

c) Festsetzung durch die Mitvollstrecker selbst

Schließlich bleibt die Möglichkeit, in der letztwilligen Verfügung den Testamentsvollstreckern die Ermächtigung zu erteilen, die Höhe ihrer Vergütung selbst festzulegen, denn auch darin ist eine nach § 2221 vorrangige zumindest mittelbare andere Bestimmung durch den Erblasser zu sehen.³²⁴ Als Mißbrauchsgrenze gilt dann, daß sich die getroffene Bestimmung im Rahmen eines ausgeübten billigen Ermessens im Sinne des § 315 Abs. 1 halten muß³²⁵. Für die konkrete Ermittlung im Streitfall zwischen Testamentsvollstreckern und Erben wird dann entsprechendes gelten wie bei der Frage der angemessenen Vergütung im Sinne des § 2221, dazu sogleich.

d) Mögliche Bezugsgrößen

Bei der Verwaltung des Nachlasses durch mehrere Testamentsvollstrecker ist darüber hinaus zu berücksichtigen, daß erfahrungsgemäß in der Regel mit ihrer Einsetzung die Anordnung einer Dauervollstreckung verbunden sein wird. Die Richtwerte der meisten Vergütungstabellen basieren hingegen auf der Regeltätigkeit bei der Abwicklungsvollstreckung. Zudem liegt ihnen grundsätzlich der Wert des Nachlasses im Zeitpunkt des Todes des Erblassers zugrunde. Im Laufe der Dauervollstreckung, die nach § 2210 über 30 Jahre und in Ausnahmefällen sogar darüber hinaus angeordnet sein kann, ist aber eine Veränderung dieser Bezugsgröße durchaus wahrscheinlich, so werden etwa im Nachlaß befindliche Wertpapiere oder Immobilien nach 30 Jahren sicher einen anderen zum Teil erheblich divergierenden Verkehrswert haben.

Deshalb ist es gerade bei Vorhandensein eines Testamentsvollstreckerergremiums empfehlenswert, die Vergütung nicht starr, sondern flexibler zu bemessen. So kann der Erblasser anordnen, daß die Vergütung in gewissen Abständen jeweils in Relation zur

³²⁴ Vgl. BGH NJW 1957, 948.

³²⁵ Vgl. Haegeler/Winkler, Rn. 614, befürwortet, daß die Grenzen billigen Ermessens über §§ 2156, 319 zur Anwendung kommen.

Veränderung der aktuellen Inflationsrate oder des Lebenshaltungsindexes angepaßt wird. Bei Unternehmensbeteiligungen wird sich der Umsatz oder Gewinn als Bezugsgröße empfehlen. Die Vergütung kann aber auch direkt an das übliche Honorar mit den entsprechenden Steigerungsraten, der der Zusammensetzung des Nachlasses am ehesten nahekommenden Berufsgruppe zur Verwaltung, gekoppelt werden. Bei Vorhandensein im Nachlaß von in erster Linie Immobilienvermögen wäre das diejenige der Hausverwalter, bei größeren Aktien- und Wertpapierdepots diejenige der Vermögensverwalter und bei geschäftsführenden Tätigkeiten in Unternehmen diejenige der Vorstandsmitglieder.

2. Abweichende Vereinbarungen

Den Testamentsvollstreckern steht es frei, mit den Erben und Vermächtnisnehmern über die Anordnungen des Erblassers hinausgehende Vereinbarungen über ihre Vergütung zu treffen. Insbesondere können klarstellende Ergänzungen einvernehmlich geregelt oder so vom Erblasser nicht vorhersehbare Komplikationen bei der Verwaltung des Nachlasses durch Vereinbarung einer Sondervergütung abgegolten werden. Denn es liegt gerade auch im Interesse der Nachlaßbeteiligten, daß die Vollstrecker ihre Verwaltungstätigkeit gewissenhaft erfüllen, wozu die angemessene Honorierung unerwarteten zusätzlichen Arbeitsaufwands sicher ihren Beitrag leisten kann.

Umgekehrt kann sich eine einvernehmliche Vereinbarung mit den Erben auch für das Testamentsvollstreckergrremium als vorzugswürdig erweisen, da das klageweise Erstreiten einer angemessenen Vergütung über die damit verbundenen Unannehmlichkeiten und die Ungewißheit des Ausgangs hinaus sich als äußerst langwierig herausstellen kann. So führen Schumann/Geißinger³²⁶ als „furchterregendes Schulbeispiel“ den Streit über die Testamentsvollstreckervergütung an, der zu dem noch zu erörternden grundlegenden BGH-Urteil vom 26.6.1967 geführt hat und nach der Zurückverweisung an die zweite Instanz nach neun Jahren infolge einer verunglückten ersten Beweisaufnahme immer noch nicht beendet war. Allerdings ist als Schranke für die grundsätzlich freie Vereinbarkeit der Vergütung zwischen Testamentsvollstreckern und Erben eine Gefährdung der Interessen der übrigen Nachlaßbeteiligten, beispielsweise Vermächtnisnehmer und Nachlaßgläubiger, zu

³²⁶ Vgl. Schumann/Geißinger, Anh. § 1 Fn. 5.

beachten. Bei zu unterstellender Besonnenheit der am Nachlaß Beteiligten ist indes mit einer einvernehmlichen Regelung der Vergütung grundsätzlich allen gedient.

Unzulässig ist hingegen die Vereinbarung zwischen einem Testamentsvollstrecker und seinem Mitvollstrecker über dessen Vergütung, außer der Erblasser hat einen Testamentsvollstrecker ausdrücklich hierzu ermächtigt, zum Beispiel wenn letzterem die Befugnis zur freien Ernennung eines Mitvollstreckers nach § 2199 eingeräumt wird. Dann muß es erst recht zulässig sein, daß er auch dessen Vergütung entsprechend dem Erblasserwillen festsetzt, nicht aber seine eigene³²⁷.

II. Gesetzliche Regelung

Liegt keine Bestimmung des Erblassers über die Vergütung der Testamentsvollstrecker vor, ist das grundlegende Kriterium für ihre Bemessung entsprechend der gesetzlichen Regelung in § 2221 die Angemessenheit.

1. Auslegung der Angemessenheit im Sinne des § 2221

Diese „angemessene Vergütung“ ist als unbestimmter Rechtsbegriff für den konkreten Nachlaß auslegungsbedürftig.

Die grammatikalische Auslegung des § 2221 ergibt dabei als Bezugspunkt für die angemessene Vergütung „die Führung seines Amtes“, das heißt den im Einzelfall sich ergebenden Aufgabenbereich. Diese sogenannte „funktionelle Betrachtungsweise“³²⁸ erfordert zunächst eine Aufstellung des konkreten Tätigkeitsfelds unter Zuhilfenahme der Kriterien des Umfangs, der Dauer und der notwendigen Kenntnisse und Verantwortung.

Teleologisch betrachtet dient die Festlegung einer angemessenen Vergütung als Ausgleich für die mit diesem Amt verbundene Arbeit, die erforderliche Verantwortung und die dargelegten Haftungsrisiken, was aber genauso wie die Wortlautauslegung eine funktionelle Einzelfallbetrachtung gebietet.

³²⁷ Vgl. BGH NJW 1957, 947 f.

³²⁸ Vgl. Bamberger/Roth/J. Mayer, § 2221 Rn. 5.

Die historische Auslegung ergibt als Grund für die gesetzliche Regelung in § 2221, Gedanken der Billigkeit und den Verweis auf die Regelung für die Geschäftsbesorgung im Auftragsrecht, die wenn nach den Umständen und Bedürfnissen des praktischen Lebens deren Erledigung nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist, einen entsprechenden angemessenen Anspruch zubilligt.³²⁹

Aufgrund dieser Auslegung der Angemessenheit im Sinne des § 2221, haben sich in Rechtsprechung und rechtswissenschaftlicher Literatur einige Kriterien zur Bemessung herauskristallisiert. Zu nennen sind Umfang und Wert des Nachlasses, Besonderheiten und Dauer der darauf beruhenden Tätigkeit, Notwendigkeit von besonderen Kenntnissen und Erfahrungen, Zahl der am Nachlaß Beteiligten, Tätigkeitserfolg der Vollstrecker und schließlich Höhe der steuerlichen Belastung bezüglich der Vergütung.³³⁰ Das gefundene Ergebnis ist sodann mit den entsprechenden Vergütungstabellen³³¹ zugrundegelegten durchschnittlichen Aufgaben dieser Nachlaßgröße zu vergleichen und gegebenenfalls korrigierend anzupassen.

2. Berechnungsmöglichkeiten bei Mehrheit von Testamentsvollstreckern

Bei Einsetzung eines Testamentsvollstreckerergremiums stellt sich im Hinblick auf die Vergütung dabei in erster Linie die Frage, ob und wie sich die zugrundeliegende Aufgabenfülle bei Verwaltung durch mehrere verändert und gegebenenfalls, ob und wie sich dies auf die Berechnung der Vergütung auszuwirken hat.

a) Aufteilung nach Köpfen

Nach einem Urteil des OLG Stuttgart und beiläufig sogar im ersten Urteil des BGH zur Frage der Höhe der Testamentsvollstreckervergütung³³² haben sich jedenfalls zwei Testamentsvollstrecker die in erster Linie nach der Höhe des Nachlasses zu bemessende

³²⁹ Vgl. Motive V, 244 mit ausdrücklichem Verweis auf § 586; Motive II, 528.

³³⁰ Vgl. BGH NJW 1963, 487; Bengel/Reimann/Eckelskemper, Kap. X, Rn. 5.

³³¹ Vgl. u.a.: Rheinische Tabelle, Möhring'sche Tabelle, Weirich'sche Tabelle, Eckelskemper'sche Tabelle, Tschischgale'sche Tabelle, Tabelle des Deutschen Notarvereins, Berliner Praxis in: Staudinger/ Reimann, § 2221 Rn. 39.

³³² Vgl. OLG Stuttgart BWNotZ 1961, 92; BGH RPfl 63, 77 ff.

Vergütung in der Regel zu teilen. Denn dem Charakter einer Pauschalvergütung, wie sie den einschlägigen Tabellen zu entnehmen ist, entspräche es nicht, irgendwelche Einzelleistungen zu honorieren, sondern es solle auf der Grundlage des entscheidenden Anknüpfungskriteriums der Nachlaßgröße, der mit der Anordnung der Testamentsvollstreckung an sich regelmäßig verbundene Arbeitsaufwand und die Verantwortung beziehungsweise das Risiko überschlagsmäßig abgegolten werden. Da diese Bezugsgröße aber bei Einsetzung mehrerer Testamentsvollstrecker unverändert bleibe und die Vollstrecker sich dann die Verantwortung und gegebenenfalls auch die Amtsführung durch Aufteilung von Wirkungskreisen teilen können, solle dementsprechend auch die Vergütung geteilt werden.³³³

Die frühere entsprechende Regelung für mehrere Konkursverwalter in § 3 III VO, die bestimmte, daß ihre Vergütung zusammen diejenige nicht überschreiten darf, welche die Verordnung für einen Konkursverwalter vorsah, ist aber schon aufgrund ihres eingeschränkten Anwendungsbereichs nicht vergleichbar gewesen³³⁴ und wurde zudem im neuen Insolvenzrecht aufgegeben.

Gegen eine solche schematische Teilung der Vergütung spricht aber in erster Linie, daß bereits die Einsetzung mehrerer Testamentsvollstrecker eine zu berücksichtigende Abweichung vom Regelfall der Alleinvollstreckung darstellt. Bei Übertragung der dargelegten Grundsätze wäre deshalb für jeden einzelnen Mitvollstrecker sein persönliches Aufgabenfeld zu ermitteln. Eine pauschale Quotelung in diesem Rahmen vermag weder einerseits die Möglichkeit einer je nach Einzelfall unterschiedlichen Erleichterung der Tätigkeit durch Arbeitsteilung noch andererseits einer aufgrund der grundsätzlich nötigen Einstimmigkeit bei Entscheidungen und der auftretenden Meinungsverschiedenheiten erheblichen Arbeiterschwerung zu berücksichtigen, was für eine tatsächlich angemessene Vergütung aber unerläßlich ist.

³³³ Vgl. BGH NJW 1967, 2400.

³³⁴ Vgl. BGH Rpfleger 1968, 85 mit Anm. Haegeler: Nach § 79 KO durften mehrere Konkursverwalter nur bei selbständiger Verwaltung verschiedener Geschäftszweige ernannt werden. Da jeder somit nur einen Teil der gesamten Konkursmasse bearbeitete, ist es folgerichtig, auch nur einen entsprechenden Anteil zu vergüten. Die Verantwortung der Mittestamentsvollstrecker bezieht sich hingegen selbst bei Aufteilung im Innenverhältnis grundsätzlich auf den gesamten zu verwaltenden Nachlaß.

b) Vervielfachung nach Köpfen

Der gleichen Kritik begegnet denknotwendig auch die Ansicht, die bei mehreren Vollstreckern mit dem Argument, daß das Maß der Tätigkeit in der Regel bei jedem Mitvollstrecker gleich ist, wenn also nicht für bestimmte Teilbereiche Nebenvollstreckung durch einen von ihnen vom Erblasser angeordnet ist, die Vergütung entsprechend der Zahl der Mitvollstrecker pauschal vervielfältigen will³³⁵. Denn jedwede schematische Vergütungsuteilung hat bereits den Wortlaut mit der Bestimmung der Angemessenheit „seines Amtes“ gegen sich, eine Klarstellung für das Vorhandensein mehrerer Vollstrecker - wie bei der Haftung in § 2219 Abs. 2 geschehen - ist hier unterblieben. Wegen der Unterschiede im Hinblick auf Regelungszweck, -inhalt und Berechnungsgrundlage kann auch mangels Vergleichbarkeit nicht auf § 6 RVG verwiesen werden, der bei Einschaltung mehrerer Rechtsanwälte für jeden die volle Vergütung vorsah. Deshalb bleibt es bei dem Grundsatz der persönlichen Aufgaben und der darauf basierenden Vergütungsermittlung anhand der dargelegten Kriterien.

c) Vermittelnde Ansichten

Madert³³⁶ geht davon aus, daß die Vergütung des einzelnen Mitvollstreckers aufgrund der Arbeitsteilung in jedem Fall niedriger sein müsse als die eines Alleinvollstreckers und schlägt bei Vorhandensein von zwei Testamentsvollstreckern je eine Regelvergütung von $\frac{3}{4}$ derjenigen eines Alleinvollstreckers vor.

Reimann³³⁷ hält grundsätzlich eine angemessene Erhöhung der Gesamtvergütung für angebracht, die, wenn bis auf den durch die notwendige Kommunikation zwischen den Mitvollstreckern bedingten zeitlichen Mehraufwand keine Abgrenzungskriterien zur Alleinvollstreckung erkennbar sind, nach der Euklid'schen Regel des „Goldenen Schnitts“ im Verhältnis fünf zu acht erfolgen und dann je nach Aufgabenverteilung unter den Testamentsvollstreckern verteilt werden solle.

³³⁵ Vgl. Schumann/Geißinger, Anh. § 1 Rn. 24.

³³⁶ Vgl. Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert, § 1 Rn. 25.

³³⁷ Vgl. Staudinger/Reimann, § 2221 Rn. 54.

d) Ansicht Zimmermanns³³⁸

Zimmermann folgert aus dem gesetzlichen Kriterium der Angemessenheit das strikte Gebot der Einzelfallbetrachtung und lehnt deshalb eine Berechnung nach den oben genannten Tabellen grundsätzlich ab. Statt der Lösung der Frage einer angemessenen Vergütung bringe ihre Anwendung vielmehr zahlreiche neue Probleme, wie die Berechnung der Zuschläge im Einzelfall, die notwendige Bewertung des Vermögens zu verschiedenen Zeitpunkten, die Höhe bei vorzeitiger Kündigung oder ihre Aufspaltung im Hinblick auf die Versteuerung, hervor.

Angemessen sei seines Erachtens nach nur eine Vergütung, die auf der einen Seite die Interessen der Erben berücksichtige und auf der anderen Seite den Gebühreninteressen der Testamentsvollstrecker Rechnung trage, weshalb eine Abrechnung nach Zeitaufwand auf der Grundlage der üblichen Honorare der Berufsgruppe zu der der jeweilige Vollstrecker zugehörig ist, vorzugswürdig sei.

Gerade bei Vorhandensein mehrerer Testamentsvollstrecker biete sie den Vorteil einer klaren Aufteilung der Gesamtvergütung bei zugleich möglicher dem Einzelfall angemessener Differenzierung nach dem beruflichen beziehungsweise für die im Rahmen der Verwaltung des konkreten Nachlasses erforderlichen Tätigkeitsprofil des jeweiligen Mitvollstreckers. Dieses entspreche zudem in der Regel demjenigen eines Vermögensbetreuers oder Nachlaßpflegers, für die seit der Streichung des Vermögens als gesetzlicher Anknüpfungspunkt bei der Bemessung ihrer Vergütung in § 1836 Abs. 2 S. 2 grundsätzlich nur noch eine Abrechnung nach Stundensätzen maßgeblich sei.³³⁹

Gegen eine solche Berechnung nach Zeitaufwand wird indes angeführt, daß sie stärker der Gefahr der Anfechtbarkeit ausgesetzt sei und insbesondere bei kleineren Nachlässen eine proportional übermäßig hohe Vergütung drohe.³⁴⁰

³³⁸ Vgl. Zimmermann, in: ZEV 2001, 334; ders., Die Testamentsvollstreckung, Rn. 711 ff.

³³⁹ Vgl. Soergel/Zimmermann, § 1846 Rn. 24 f., Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft, Rn. 784 ff.

³⁴⁰ Vgl. Klingelhöffer, Rn. 327; Haas/Lieb, in: ZERB 2002, 202.

e) Orientierung an Geschäftsführer- bzw. Vorstandsbezügen

Wie bereits mehrfach angeführt, stellt der Nachlaß mit umfassenden Unternehmensbeteiligungen einen klassischen Anwendungsfall für die Einsetzung mehrerer Testamentsvollstrecker dar. Aufgrund der mit der Verwaltung dieser Beteiligung verbundenen Wahrnehmung unternehmerischer Führungsaufgaben könnte es deshalb sinnvoll sein, die in Gesetz beziehungsweise Praxis bestehenden Vergütungsregelungen für GmbH-Geschäftsführer beziehungsweise Vorstände einer Aktiengesellschaft auch für die Vergütung der Mitvollstrecker heranzuziehen.

So sieht § 87 Abs. 1 AktG bezüglich der Festsetzung der Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder durch den Aufsichtsrat vor, daß sie „in einem **angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des Vorstandsmitglieds und zur Lage der Gesellschaft stehen**“ sollen. Die für eine Übertragung erforderliche Vergleichbarkeit der Interessenlage zwischen Vorstand und Testamentsvollsteckergremium aufgrund ähnlich gelagerter Sorgfaltspflichten und Verantwortungsfülle hat sich bereits oben im Rahmen der Haftung überstimmter Mitglieder feststellen lassen³⁴¹, nichts grundsätzlich anderes kann deshalb im Rahmen der die Vergütung betreffenden Wertungen gelten. Hier kommt indes zusätzlich noch die wortgleiche Bezeichnung der Art der Bezüge in der gesetzlichen Regelung als „*angemessen*“ hinzu, die aufgrund ihrer rechtstechnischen Verwendung schon aus Gründen der Rechtssicherheit und der Einheit der Rechtsordnung eine übereinstimmende Auslegung gebietet.

Auf den Gesamtnachlaß angewandt, würde dies bedeuten, daß sich die Vergütung des einzelnen Mitvollstreckers an seinen Aufgaben unter besonderer Berücksichtigung des erforderlichen Maßes an Verantwortung, Fähigkeit und Qualifikationen als Schlüsselkriterien³⁴² entsprechend im Verhältnis zu Größe und Liquidität des Nachlasses zu orientieren haben.

Die aufgezeigte gesellschaftsrechtliche Konkretisierung des Angemessenheitsgebots kann somit ohne weiteres auch zur Bewertung der Vollstreckertätigkeit herangezogen werden, wenngleich sie für die Praxis aufgrund des sich ergebenden weiten Einschätzungsspielraums keine allzu große Hilfe darstellen wird.

³⁴¹ Vgl. oben S. 134.

³⁴² Vgl. Geßler/Hefermehl/Eckardt § 87 Rn. 6 ff.; Großkommentar, § 87 Rn. 1 ff.

f) Ansicht des BGH

Der BGH³⁴³ bestätigt in seiner Grundlagenentscheidung zur Vergütung mehrerer Testamentsvollstrecker ausdrücklich die Übertragbarkeit der Grundlinien der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Einzelvollstreckervergütung. Insbesondere die in der Entscheidung des V. Zivilsenats von 1962³⁴⁴ dargelegten Kriterien des dem Testamentsvollstrecker obliegenden Pflichtenkreises und der entsprechenden Dauer, des Umfangs und der Schwierigkeit der geleisteten Arbeit unter Berücksichtigung der notwendigen Kenntnis und Erfahrung gelten genauso wie das damit verbundene ausdrückliche Gebot der Beachtung der Umstände des Einzelfalls unter Vermeidung jedweder rein schematischen Betrachtungsweise.

Die Vielzahl der vorhandenen Vergütungstabellen vermag deshalb nach Ansicht des BGH nicht mehr als einen Anhaltspunkt für einen bestimmten Nachlaßumfang zu geben, die Vergütung könne bereits ihrer Natur nach aber nur im Rahmen eines ausgeübten Ermessens festgelegt werden. So habe auch bereits das Reichsgericht³⁴⁵ klargestellt, daß bei einer Mehrheit von Testamentsvollstreckern jeder einzelne entsprechend seiner persönlichen Tätigkeit zu vergüten sei. Folgerichtig müsse jede schematische Aufteilung zwischen oder Vervielfachung auf die Zahl der Mitvollstrecker bezüglich der Vergütung ausscheiden. Der Regelsatz nach einer Vergütungstabelle könne indes der Ausgangspunkt sein, auf dem aufbauend unter sorgfältiger Prüfung der Umstände des gegebenen Einzelfalls die nötigen Korrekturen nach oben oder auch nach unten vorzunehmen seien. Unerläßlich sei dazu jedenfalls das Tätigkeitsprofil eines jeden Mitvollstreckers zu ermitteln. Sodann müsse durch eine Zusammenschau Berücksichtigung finden, ob infolge einer festzustellenden Aufgaben- und Verantwortungsteilung eine Kürzung der Vergütung zu rechtfertigen wäre. So erfordern gewisse Tätigkeiten der Testamentsvollstrecker auch bei Vorhandensein eines Gremiums keinen echten Mehraufwand, wie etwa die Erstellung des Nachlaßverzeichnisses. Verfolgen die Mitvollstrecker keine strikte Aufgabenteilung, sondern treffen zumindest alle wesentlichen Entscheidungen tatsächlich, wie vom Gesetzgeber vorgesehen, gemeinschaftlich, erscheint aber sogar ein erhöhter Arbeitsaufwand jedes einzelnen

³⁴³ Vgl. BGH NJW 1967, 2400.

³⁴⁴ Vgl. BGH LM § 2221 Nr. 2.

³⁴⁵ Vgl. RG Recht 1918 Nr. 251.

durchaus plausibel. Denn die Beratung und die anschließend grundsätzlich notwendige einstimmige Entscheidungsfindung im Gremium wird fast immer mehr Zeit in Anspruch nehmen als eine allein zu treffende. Auch der Organisationsaufwand wird in der Regel ungleich größer sein. Zum einen sind Testamentsvollstreckersitzungen vorzubereiten und abzusprechen, zum anderen werden umfangreiche Sitzungsprotokolle und Tätigkeitsberichte bereits aus Transparenzgründen, aber auch um den Rechenschaftspflichten gegenüber den Erben nach § 2218 in Verbindung mit den dort genannten Vorschriften des Auftragsrechts, insbesondere § 666, gerecht zu werden, zu erstellen sein. Durch die unterschiedliche Interessenlage im Innen- und Außenverhältnis, in ersterem ausführlichste Dokumentation der Beratung und Entscheidungsfindung mit allen geäußerten Bedenken durch einzelne Vollstrecker, während in zweiterem das geschlossene Erscheinungsbild des Gremiums gegenüber den Nachlaßbeteiligten oberste Priorität haben wird, damit Entscheidungen nicht angezweifelt werden und es nicht zu verschleppenden Rechtsstreitigkeiten oder gar Haftungsfragen kommt, wird sich der Dokumentationsaufwand möglicherweise verdoppeln. So kann es bei komplexen Nachlässen durchaus vorkommen, daß die Vervielfachung der Regelvergütung um die Zahl der Mitvollstrecker als angemessene Vergütung gar nicht ausreicht.

Entscheidend soll somit die Vergütung eines jeden Mitvollstreckers nach Maßgabe seiner konkreten Tätigkeit sein.

g) Entscheidung des OLG Karlsruhe

Als Beispiel aus der jüngeren obergerichtlichen Rechtsprechung kann ein Urteil des OLG Karlsruhe³⁴⁶ aus dem Jahr 2000 dienen, das die Vergütung für zwei Gesamtvollstrecker mit teilweise zugewiesenen eigenen Aufgaben auf je 75 % der Regelvergütung für einen Alleinvollstrecker festsetzte. Zur Begründung wird angeführt, daß die Aufgaben der Mitvollstrecker zwar in Teilen voneinander abgegrenzt waren, aber zum Großteil unter Fortbestand der gemeinsamen Verantwortlichkeit derart aufteilbar blieben, daß sich einer jeweils auf die Kontrolle des anderen beschränken konnte. Deshalb könne eine Verdoppelung der Tätigkeit und damit der Vergütung nicht angenommen werden.

³⁴⁶ Vgl. OLG Karlsruhe Juristisches Büro 2001, 206.

h) Lösungen ausländischer Rechtsordnungen

Möglicherweise lassen sich den ausländischen Rechtsordnungen zur Frage der Vergütung mehrerer Testamentsvollstrecker noch griffigere Abgrenzungskriterien entnehmen, weshalb im folgenden zumindest einige Vorschriften anderer Rechtskreise dahingehend untersucht werden sollen.

Aufgrund der mit der Testamentsvollstreckung dort verbundenen Mandatsauffassung, die die grundsätzliche Unentgeltlichkeit des Amtes zur Folge hat, können die romanischen Rechtsordnungen aber hierzu keine Anhaltspunkte liefern.³⁴⁷ Ebenso wenig erhalten britische „executors“ eine Vergütung, außer der Erblasser hat dies ausdrücklich bestimmt oder der Nachlaß erfordert den Einsatz professioneller „solicitor-executors“, die dann aber lediglich eine Aufwandsentschädigung in Rechnung stellen können („professional charge for time and trouble“).³⁴⁸ Entsprechendes gilt für das irische Recht.³⁴⁹

Nach Art. 1302 des chilenischen *codigo civil* wird bei fehlender testamentarischer Regelung der Vergütung des einzelnen „albacea“ diese durch Gerichtsbeschluß festgesetzt, wobei als entscheidende Kriterien entsprechend der deutschen Rechtsprechung die Höhe des Nachlasses und der Grad der Schwierigkeit der Amtsführung gelten. Während die Art. 1740-1742 des mexikanischen *codigo civil* von pauschal 2% der Aktivmasse des Nachlasses ausgehen.

Im australischen Rechtskreis kann zwar durch Gerichtsbeschluß die Gesamtvergütung der „executors“ festgesetzt werden, die interne Aufteilung hat indes durch Einigung unter ihnen zu erfolgen.³⁵⁰

Als ergiebiger könnte sich aber die Regelung des schweizerischen Zivilgesetzbuches erweisen, da dieses in Art. 517 wie das deutsche Recht einen Anspruch auf angemessene Vergütung für die Tätigkeit des „Willensvollstreckers“ festlegt. Bestätigt durch Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts³⁵¹ resultiert diese Angemessenheit aus einem billigen Verhältnis zwischen verursachter Mühe, gemessen am notwendigen Zeitaufwand, an der Kompliziertheit der Verhältnisse, am Umfang und an der Dauer des

³⁴⁷ Vgl. z. B. Art. 1986 *code civil* (Frankreich): „Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire.“ oder art. 711 *codice civile* (Italien).

³⁴⁸ Vgl. Buchner, S. 20 f.; Hayton, S. 578 f.

³⁴⁹ Vgl. McGuire, S. 202.

³⁵⁰ Vgl. Atherton/Vines, 17.8.3.6. .

³⁵¹ Vgl. Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts Band 78, 123 (127).

Auftrags sowie der damit verbundenen Verantwortung. Hingegen hänge weder die Arbeit noch die Verantwortung immer vorwiegend von der Größe des Nachlaßvermögens ab, weshalb Pauschaltarife grundsätzlich abzulehnen seien.

Entscheidend ist für die Bemessung der Vergütung nach Schweizer Recht somit der effektive Arbeitsaufwand, wobei Spezialkenntnisse wie die eines Rechtsanwalts oder Vermögensverwalters einen entsprechenden Zuschlag rechtfertigen können.³⁵²

Auch innerhalb der Vereinigten Staaten finden sich ausdrückliche Regelungen über die Aufteilung der Vergütung mehrerer „executors“ in Kalifornien und New York. So sieht § 901 des „West’s Annotated California Probate Code“³⁵³ vor, daß diese nach dem erbrachten Arbeitsaufwand des Einzelnen zu erfolgen habe. Der McKinney’s New York Surrogate’s Court Procedure Act sieht hingegen in § 2307 vor, daß bei Vermögen über 100 000 \$ bei bis zu drei “executors” jedem einzelnen das volle Entgelt zusteht, bei mehr als drei sich die Aufteilung aber wiederum nach dem Arbeitsaufwand bestimmt.³⁵⁴

i) Stellungnahme

Schon aufgrund des Gebots der Einzelfallgerechtigkeit verbietet sich angesichts der Vielgestaltigkeit der denkbaren und zumindest zum Teil auch oben dargestellten Konstellationen und Möglichkeiten der Aufgabenverteilung bei der Auslegung der Angemessenheit im Sinne des § 2221 für die Vergütung mehrerer Testamentsvollstrecker im Einklang mit der Argumentation des BGH die Aufstellung definitiver schematischer Werte.

Allerdings ist in Anbetracht der klassischen praktischen Anwendungsfälle³⁵⁵ der Anordnung einer verwaltenden Testamentsvollstreckung durch mehrere Mitvollstrecker, insbesondere des in der Regel umfangreichen und wertmäßig beträchtlichen Nachlasses, und des damit einhergehenden Verwaltungsaufwands zumindest eine im Vergleich zur Alleinvollstreckung höhere Gesamtvergütung grundsätzlich angezeigt. Die Legitimation der daraus folgenden stärkeren finanziellen Belastung des Nachlasses und damit der Erben kann mit

³⁵² Vgl. Haseler/Vogt/Geiser, Art. 517 Rn. 29.

³⁵³ § 901 “(...) If there are two or more executors or administrators, the compensation shall be apportioned among them by the court according to the services actually rendered by each. (...)”.

³⁵⁴ Vgl. Williams, S. 887 ff.

³⁵⁵ Siehe oben S. 31 ff.

Zimmermann³⁵⁶ direkt dem entsprechenden Erblasserwillen entnommen werden, der sich bewußt vor allem aufgrund der erkannten Bedeutung der die Verwaltung seines Nachlasses beinhaltenden Aufgaben für die Einsetzung eines Testamentsvollstreckerergremiums entscheidet.

Der konkrete Umfang der Erhöhung und deren Verteilung auf die einzelnen Vollstrecker kann aber sodann nur anhand des einzelnen Tätigkeitsprofils unter Heranziehung der dargelegten Kriterien billigerweise ermittelt werden, die wie gesehen mit denjenigen der ähnlich verantwortlichen Tätigkeit von Vorstandsmitgliedern bis in den Wortlaut der gesetzlichen Regelung hinein korrespondieren.

Bei gemeinschaftlicher Verwaltung und gleichwertiger Aufgabenverteilung in Innen- und Außenverhältnis spricht aber nichts gegen eine Aufteilung der so ermittelten angemessenen Gesamtvergütung nach Köpfen.

Bei ungleicher Arbeitsteilung bietet hingegen der Vorschlag Zimmermanns im Einklang mit der entsprechenden Auslegung der Angemessenheit in Art. 517 des schweizerischen Zivilgesetzbuches und der klaren Tendenz auch in den anderen untersuchten Rechtsordnungen soweit diese eine Vergütung gewähren, nämlich einer Verteilung nach dem effektiven Zeitaufwand der einzelnen Mitvollstrecker, die für die Praxis handhabbarste Lösung und ist aufgrund der für diesen Fall wenig griffigen Kriterien der anderen Ansichten m. E. vorzugswürdig. Der von den Kritikern angeführten Gefahr einer überproportional hohen Vergütung bei kleineren Nachlässen kann durch Festlegung einer Obergrenze in prozentualer Relation zum Gesamtnachlaß wirksam begegnet werden, zumal ein geringer Nachlaßwert bei Einsetzung eines Testamentsvollstreckerergremiums eher die Ausnahme sein wird³⁵⁷.

In jedem Fall ist aber aufgrund der unbestimmten Rechtslage und der damit verbundenen Streitgefahr zwischen Erben und Testamentsvollstreckern, die infolge der aufgrund der betroffenen Nachlaßgrößen erheblichen Vergütungsbeträge nicht selten zu erheblichen Meinungsverschiedenheiten führen wird, eine Festlegung der Vergütung durch den Erblasser dringend anzuraten, die wie oben dargelegt auch keiner Angemessenheitskontrolle unterzogen werden kann und in der Folge praktisch unangreifbar ist.

³⁵⁶ Vgl. Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, Rn. 713.

³⁵⁷ Vgl. S. 31 ff.

3. Sondervergütungen

Hat der Erblasser für den Fall von Meinungsverschiedenheiten einen der Mitvollstrecker zum Schiedsrichter bestimmt³⁵⁸ steht ihm dafür auch eine besondere Vergütung zu, die sich - soweit nicht durch letztwillige Verfügung ausdrücklich festgelegt - nach der üblichen Vergütung eines Schiedsrichters im Sinne des § 612 Abs. 2 richten wird.

Umfaßt der Nachlaß die treuhänderische Verwaltung eines Handelsgeschäfts mit persönlicher Haftung, also das Vorliegen eines Unternehmertestaments als klassischen Anwendungsfall für die Einsetzung mehrerer Testamentsvollstrecker, ist die Vergütung des persönlich haftenden Testamentsvollstreckers um eine entsprechende Risikoprämie zu erhöhen. Ebenso kommt eine Gewinnbeteiligung in Betracht.³⁵⁹

Ist einer der Mitvollstrecker zugleich Rechtsanwalt kann er jedenfalls dann zusätzlich Anwaltsgebühren nach VV 2400 RVG vergütet verlangen, wenn die anderen Mitvollstrecker, die nicht Rechtsanwälte sind, für die jeweilige Verwaltungsmaßnahme ansonsten einen Rechtsanwalt hinzugezogen hätten beziehungsweise nach § 91 ZPO berechtigterweise einen Rechtsbeistand hätten zuziehen können, auch wenn sie es tatsächlich nicht erwogen haben.³⁶⁰ Da der als Mitvollstrecker tätige Rechtsanwalt dann zugleich in eigener Sache auftritt, findet § 91 Abs. 2 S. 4 ZPO Anwendung.

4. Meinungsverschiedenheiten zwischen den Testamentsvollstreckern

Die Fülle der dargelegten Ansichten zur Frage einer angemessenen Ausgestaltung der Vergütung mehrerer Testamentsvollstrecker legt nahe, daß es auch unter den Mitvollstreckern selbst zu Meinungsverschiedenheiten über die Höhe der Vergütung und die interne Aufteilung kommen kann.

Fraglich ist, ob diese dann einen in die sachliche Zuständigkeit des Nachlaßgerichts nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 fallenden Streit darstellen. Die Ordnungs- bzw. Zweckmäßigkeit einer bevorstehenden Verwaltungsmaßnahme als Paradebeispiel für den Anwendungsfall

³⁵⁸ Vgl. Schumann/Geißinger, Anh. § 1 Rn. 67, 222.

³⁵⁹ Vgl. hierzu ausführlich Mittmann, S. 144.

³⁶⁰ Vgl. OLG Frankfurt a. Main, MDR 2000, 789; Göttlich/Mümmeler, S. 1538.

einer nachlaßgerichtlichen Meinungsverschiedenheit³⁶¹ bildet hier jedenfalls nicht den Streitgegenstand. Vielmehr betrifft dieser gleichgültig, ob der Streit sich um die Gesamthöhe oder die Aufteilung untereinander dreht, die richtige Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Angemessenheit in § 2221 für den vorliegenden Einzelfall und somit eine reine Rechtsfrage, die wiederum nicht lediglich eine notwendig zu klärende Vorfrage, sondern den eigentlichen Streitgegenstand und demnach keine Meinungsverschiedenheit im Sinne des § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 darstellt.

Kommen die Testamentsvollstrecker zu keiner einvernehmlichen Einigung bezüglich ihrer Vergütung, bleibt dem einzelnen Mitvollstrecker folglich nichts anderes übrig als vor dem Prozeßgericht die seiner Meinung nach angemessene Entlohnung seiner Tätigkeit einzuklagen, indem er den geforderten Betrag im Klageantrag gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO beziffert³⁶². Da es sich bei der Vergütung um einen persönlichen Anspruch des Vollstreckers gegen den Nachlaß handelt ist die Klage gegen die Erben als Schuldner der Vergütung zu richten.³⁶³

³⁶¹ Vgl. oben S. 93.

³⁶² Vgl. RG JW 1937, 3184.

³⁶³ Vgl. zur Prozeßführungsbefugnis ausführlich S. 175.

G) Auslagenersatz

Unabhängig steht neben dem Vergütungsanspruch den Mitvollstreckern nach §§ 2218 Abs. 1, 670 der Ersatz der im Zusammenhang mit der Verwaltung des Nachlasses erforderlichen Aufwendungen zu.

I. Prozeßkosten bei streitiger Mitvollstreckerernennung oder -absetzung

Bei einer Mehrheit von Testamentsvollstreckern ist insbesondere die Erstattungsfähigkeit von Kosten im Rahmen eines Rechtsstreits über die Ernennung oder Absetzung eines Mitvollstreckers fraglich.

Nach Auffassung des Reichsgerichts³⁶⁴ ist diese grundsätzlich zu bejahen, soweit die Vollstrecker sich berechtigterweise zur Verteidigung des entsprechenden Erblasserwillens berufen fühlen durften und nicht leichtfertig handeln. Mit Zimmermann³⁶⁵ ist den Vollstreckern aber eine großzügige Einschätzungsprärogative zuzugestehen, da sie ansonsten aus Angst vor der drohenden Kostentragung möglicherweise auf eine gerichtliche Auseinandersetzung zur Ermittlung des entsprechenden Erblasserwillens entgegen ihrer an sich feststehenden Überzeugung verzichten könnten. Etwas anderes gilt indes, wenn die Vollstrecker aus rein persönlichen Interessen motiviert handeln, etwa die Absetzung eines unangenehmen Mitvollstreckers betreiben oder die Ernennung eines weiteren Mitvollstreckers aus Angst vor eigenem Machtverlust verhindern wollen - beides jeweils entgegen dem bestehenden Erblasserwillen. Da sie dann nicht primär im Interesse des Nachlasses, sondern im eigenen handeln, ist es nur billig, ihnen auch das mit der Verfolgung des Rechtsstreits verbundene Prozeßkostenrisiko aufzubürden.

II. Aufwendungsersatz bei Verfahren nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2

Die Frage der Erstattungsfähigkeit von Aufwendungen stellt sich auch im Hinblick auf Verfahren zur Klärung von Meinungsverschiedenheiten zwischen den

³⁶⁴ Vgl. RG JW 1936, 3388.

³⁶⁵ Vgl. Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, Rn. 735.

Testamentsvollstreckern gemäß § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, zu welcher der Bundesgerichtshof in einer jüngsten Entscheidung Position bezogen hat.³⁶⁶

1. Lösungsmöglichkeiten

Denn nach einer Ansicht³⁶⁷ sei das Risiko von Meinungsverschiedenheiten gerade als in der testamentarischen Einsetzung mehrerer Testamentsvollstrecker begründet anzusehen und deshalb vom Erblasser zu verantworten. Solange die Mitvollstrecker trotz der bestehenden Meinungsverschiedenheit ihr Amt ordnungsgemäß ausführen, wäre es folglich unbillig ihr Privatvermögen mit durch im Rahmen der Verwaltung entstehende und für den Erblasser voraussehbare Kosten zu belasten. Die Aufwendungen für ein Verfahren vor dem Nachlaßgericht im Sinne des § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 seien deshalb vollumfänglich erstattungsfähig nach §§ 2218 Abs. 1, 670.

Nach Auffassung der Gegenansicht³⁶⁸ sei es hingegen originärer Bestandteil der den gemeinschaftlich eingesetzten Testamentsvollstreckern zugewiesenen Aufgaben, untereinander Einvernehmen zu erzielen, weshalb hierzu verursachte Kosten bereits mit der Vergütung abgegolten seien. Die ernannten Vollstrecker seien ja auch angesichts der gesetzlichen Möglichkeiten der Ablehnung nach § 2202 und der Kündigung nach § 2226 nicht gezwungen, das Amt zu übernehmen beziehungsweise fortzuführen. Nehmen sie aber dieses an, komme darin die Bereitschaft zum Ausdruck, die testamentarisch übertragenen Kernaufgaben, wie die Herstellung notwendigen Einvernehmens im Rahmen der gemeinschaftlichen Verwaltung, selbst und abgegolten durch die Vergütung nach § 2221 zu erfüllen.

2. Stellungnahme

Das Leitbild des Gesetzgebers und damit auch grundsätzlich des Erblassers bei Entscheidung für die Verwaltung seines Nachlasses durch mehrere Testamentsvollstrecker bildet die gemeinschaftliche Amtsführung im Sinne eines Meinungsaustausches mit der

³⁶⁶ Vgl. BGH-Urt. vom 25.6.2003 mit Anmwerkung Reimann, LMK 2004, 27 f.

³⁶⁷ Vgl. Revisionsbegründung zu BGH-Urt. vom 25.6.2003, IV ZR 285/02 S. 5.

³⁶⁸ Vgl. BGH-Urt. vom 25.6.2003, IV ZR 285/02 S. 5 f.

dazugehörigen Abwägung und der abschließenden Einigung. Die Entscheidungsmöglichkeit durch das Nachlaßgericht im Sinne des § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 stellt hierzu eine Konfliktlösungsmöglichkeit dar, die aufgrund der Lähmung der Verwaltung und der mit ihr verbundenen tiefgreifenden Vertrauensstörung nach innen und außen die ultima ratio der dem Testamentsvollstreckergermium zur Verfügung stehenden Möglichkeiten darstellen sollte. Der Schritt zum Nachlaßgericht sollte dem Vollstrecker schon deshalb nicht durch eine garantierte Übernahme der hierzu erforderlichen Aufwendungen zu leicht gemacht werden.

Auch im Hinblick auf Gerechtigkeitserwägungen ist die Belastung des Vollstreckers mit diesen Aufwendungen zu rechtfertigen. Denn handelt es sich um einen konfliktträchtigen Nachlaß, der bereits objektiv ein hohes Risiko von Meinungsverschiedenheiten birgt, wird dies im Rahmen der dargelegten Kriterien zur Ermittlung einer angemessenen Vergütung nach § 2221 ausreichend Berücksichtigung finden. Die Aufwendungen für einen Prozeß nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 als durch die Vergütung abgegolten anzusehen ist somit keineswegs unbillig. Vielmehr gewährleistet diese in flexiblerer und sachgerechterer Weise als die Pauschalerstattung der Aufwendungen die Abwägung zwischen den Interessen des Nachlasses auf der einen und der Testamentsvollstrecker auf der anderen Seite. Der erzielte Nebeneffekt, daß die Vollstrecker aus Angst vor den Kosten einer nachlaßgerichtlichen Auseinandersetzung eine Einigung beziehungsweise einen Kompromiß untereinander forcieren werden, ist im Hinblick auf die gesetzliche Wertung des Kollegialprinzips nur begrüßenswert.

Der Entscheidung des BGH, Aufwendungen für ein Verfahren gemäß § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 nicht als nach §§ 2218 Abs. 1, 670 erstattungsfähig anzusehen, ist deshalb zuzustimmen.

H) Prozeßführungsbefugnis

Im folgenden Abschnitt sollen die Prozeßführungsbefugnis im Aktiv- und Passivprozeß bei einer Mehrheit von Testamentsvollstreckern mit den dazugehörigen Problemfeldern näher betrachtet werden.

I. Aktivlegitimation

Die prozessuale Verfolgung eines dem verwalteten Nachlaß unterliegenden Rechts ist systematisch als Teil des umfassenden Verwaltungsrechts der Testamentsvollstrecker anzusehen.

1. Grundsatz

Nach den Grundsätzen des Zivilprozeßrechts folgt die grundsätzlich dem materiell-rechtlichen Verfügungsrecht, was sich aus der verfügungsähnlichen Wirkung eines Urteils einerseits und dem berücksichtigungswürdigen Interesse der Gegenpartei andererseits, nicht zusätzlich noch in eine weitere Klage des Verfügungsbefugten hineingezogen zu werden, erklären läßt.³⁶⁹ Diesem Zusammenhang entspricht es somit, wenn § 2212 den Testamentsvollstreckern, denen durch §§ 2205, 2209, 2211 die ausschließlichen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse bezüglich der von ihnen verwalteten Nachlaßgegenstände eingeräumt werden, auch die ausschließliche prozessuale Befugnis zur Geltendmachung dieser Rechte gewährt. Das hat insbesondere zur Folge, daß insoweit eine aktive Prozeßführung durch den Erben trotz seiner Stellung als Vermögensträger ausscheidet.

Bei einer Mehrheit von Testamentsvollstreckern müssen diese, sofern ihnen entsprechend dem gesetzlichen Regelfall die Verfügungsbefugnis nur gemeinschaftlich zusteht, Schilken³⁷⁰ spricht insofern von der Verwaltungsgemeinschaft nach § 2224, grundsätzlich auch zusammen Klage erheben. Sie besitzen folglich nur gemeinschaftlich Prozeßführungsbefugnis. Damit erfüllen mehrere Testamentsvollstrecker die

³⁶⁹ Vgl. BGHZ 31, 279 (281); Henckel, S. 37 ff.

³⁷⁰ Vgl. Münchener Kommentar zur ZPO/Schilken, § 62 Rn. 30.

Voraussetzungen, die an eine notwendige Streitgenossenschaft aus materiell-rechtlichen Gründen im Sinne des § 62 Abs. 1 Alt. 2 ZPO gestellt werden.³⁷¹

2. Ausnahmen

Dieser Grundsatz gilt aber nicht uneingeschränkt, sondern muß jeweils im Hinblick auf den konkret vorliegenden Klagegegenstand überprüft werden.

a) Klage auf Vergütung bzw. Aufwendungsersatz

So bildet beispielsweise die Klage eines Mitvollstreckers auf Vergütung beziehungsweise Aufwendungsersatz nach §§ 2218, 670 eine Ausnahme. Bestätigt durch eine diesbezüglich ergangene Entscheidung des Reichsgerichts³⁷² stellt der Anspruch auf Vergütung keine Frage der Amtsführung, sondern eine persönliche Angelegenheit dar, die deshalb auch klageweise durch einen Mitvollstrecker allein ohne Mitwirkung der übrigen geltend gemacht werden kann.

b) Klagen infolge Verwaltungsmaßnahmen nach § 2224 Abs. 2

Einen weiteren denkbaren Sonderfall bilden Klagen, die auf dem Alleinverwaltungsrecht für notwendige Erhaltungsmaßnahmen im Sinne des § 2224 Abs. 2 beruhen, so etwa grundsätzlich die Klage auf Feststellung einer Nachlaßforderung oder die Klage jedweden Anspruchs aus dem Nachlaß sofern ansonsten der Eintritt der Verjährung droht.³⁷³ Aus dem Notverwaltungsrecht nach § 2224 Abs. 2 ergibt sich auch entsprechend die Berechtigung eines einzelnen Vollstreckers, andere Rechtsmittel, wie etwa die Beschwerde gegen einen vollstreckbaren Titel, einzulegen.³⁷⁴

³⁷¹ So bereits RGZ 98, 173; bestätigt durch OLG Hamburg MDR 1978, 1031.

³⁷² Vgl. RG Recht 1918 Nr. 251.

³⁷³ Vgl. RG JW 1902 Nr. 135; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, Rn. 595.

³⁷⁴ Vgl. OLG Saarbrücken NJW 1967, 1137 für die Beschwerde gegen die vollstreckbare Kostenberechnung eines Notars, um eine Schmälerung des Nachlasses zu verhindern.

c) Klage nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2

Ebenso muß zur Stellung des Antrags auf Entscheidung des Nachlaßgerichts nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 jeder Mitvollstrecker allein befugt sein, da sonst die Möglichkeit auf diese Weise eine Lösung der Meinungsverschiedenheit herbeizuführen bei Weigerung eines anderen Vollstreckers bereits blockiert werden könnte.

d) Klagen nach Wegfall eines Mitvollstreckers

Tritt der Wegfall eines Mitvollstreckers im Sinne des § 2224 Abs. 1 S. 2 ein, etwa weil er selbst als Nachlaßschuldner verklagt wird und in dieser Angelegenheit deshalb als Mitvollstrecker rechtlich verhindert ist³⁷⁵, umfaßt die dort als Rechtsfolge bestimmte Weiterführung des Amtes durch die übrigen auch die Legitimation zur Prozeßführung.

Bei Wechsel eines Mitvollstreckers im Laufe des Verfahrens, zum Beispiel nach Kündigung, Tod oder Entlassung bei gleichzeitiger Ersatzberufung durch den Erblasser nach § 2197 Abs. 2 oder erteilter Ermächtigung zur Ernennung nach §§ 2198 ff., wird der Rechtsstreit nach § 241 ZPO grundsätzlich unterbrochen, es sei denn daß alle Testamentsvollstrecker waren durch Prozeßbevollmächtigte vertreten, dann ist dazu ein Antrag auf Aussetzung des Verfahrens im Sinne des § 246 Abs. 1 Hs. 2 ZPO erforderlich.

e) Haftpflichtklage gegen früheren Testamentsvollstrecker

Nach Ansicht des Reichsgerichts³⁷⁶ sollen auch Ersatzansprüche im Rahmen eines Haftpflichtprozesses gegen einen früheren Testamentsvollstrecker nur von dem amtierenden Testamentsvollstrecker geltend gemacht werden können, weil diese Ansprüche nach den Grundsätzen der Surrogation entsprechend §§ 2041, 1978 Abs. 2 unter den verwalteten Nachlaß fallen, außer es wurde nur ein einzelner Miterbe oder ein Vermächtnisnehmer geschädigt, dann steht nur dem jeweils Betroffenen die Prozeßführungsbefugnis zu. Muscheler hingegen lehnt die analoge Anwendbarkeit der materiellen Surrogationsvorschrift des § 2041 auf den Erwerb gesetzlicher Ansprüche wie etwa

³⁷⁵ Vgl. RGZ 98, 174 und siehe oben S. 123.

³⁷⁶ Vgl. RGZ 138, 132; bejahend u.a. auch Staudinger/Werner, § 2041 RN. 12; Soergel/Wolf, § 2041 Rn. 2.

vorliegend aus § 2219 ab und befürwortet einen Fall echter Kompetenzsurrogation analog § 1638 Abs. 2, der die Verwaltungszuständigkeit des Ergänzungspflegers nach § 1909 über das Sondervermögen des Kindes in seinem Umfang durch dingliche Surrogation erhält.³⁷⁷

Aufgrund des gleichen Ergebnisses kann diese rein rechtsdogmatische Frage der Begründung des Surrogationseintritts aber hier dahinstehen und die für die im Rahmen dieser Arbeit entscheidendere Frage behandelt werden, ob die Surrogation und damit die ausschließliche Aktivlegitimation einer Mehrheit von Testamentsvollstreckern bei einem Haftpflichtprozeß dieser gegen einen ehemaligen Mitvollstrecker entsprechend vorliegt.

Hier ist folgendermaßen zu differenzieren:

Bei Vorliegen einer gesamtschuldnerischen Haftung des Testamentsvollstreckerorgans, die nach §§ 2219 Abs. 2, 426 wie oben erörtert den gesetzlichen Regelfall darstellt, ergibt sich die Aktivlegitimation bereits aus dem zugrundeliegenden gesetzlichen Schuldverhältnis, das bis zur Begleichung der Ausgleichsforderung im Innenverhältnis auch nach Ausscheiden des Mitvollstreckers aus der Verwaltungsgemeinschaft nach § 2224 bestehen bleibt.

Haftet hingegen ein früherer Mitvollstrecker alleine, ist die Situation mit der vom Reichsgericht entschiedenen Konstellation vergleichbar, da die übrigen Mitvollstrecker wie der dort neue Testamentsvollstrecker nichts unmittelbar mit der Entstehung des Ersatzanspruchs zu tun haben und der Gedanke der Surrogation auch hier gelten muß. Es ist deshalb sachgerecht, die Fallgruppen der Aktivlegitimation im Haftpflichtprozeß gegen einen früheren Mitvollstrecker einer einheitlichen Lösung zuzuführen und diese den verbliebenen Testamentsvollstreckern als Herren über den Nachlaß zuzusprechen.

³⁷⁷ Vgl. Muscheler, S. 258 ff.

II. Passivlegitimation

Im Rahmen der Passivlegitimation muß grundsätzlich zwischen verschiedenen Klagekonstellationen unterschieden werden. Denn liegt ein Rechtsstreit vor, in dem ein Anspruch eines Dritten gegen den Nachlaß gerichtlicher Klärung bedarf, findet die spezialgesetzliche Regelung des § 2213 Anwendung. Für Klagen zwischen Erben und Testamentsvollstreckern müssen hingegen die allgemeinen Regeln herangezogen werden.

1. Klagen Dritter gegen den Nachlaß

Zunächst sollen die im Zusammenhang mit gegen den Nachlaß erhobenen Klagen Dritter auftauchenden Fragen behandelt werden.

a) Differenzierung nach Klagegegenstand

Den Nachlaßgläubigern, die klageweise die Feststellung einer Verbindlichkeit oder direkt die Leistung aus dem Nachlaß geltend machen, steht es gemäß § 2213 Abs. 1 S. 1 grundsätzlich frei, ob sie die Klage gegen die Erben oder die Testamentsvollstrecker als Beklagte richten. Ausnahmen gelten nach § 2213 Abs. 1 S. 3 für Klagen auf den Pflichtteilsanspruch und bezüglich Nachlaßgegenständen, die nicht oder nicht mehr – etwa infolge Freigabe nach § 2217 Abs. 1 – ihrer Verwaltung unterliegen, diese müssen allein gegen den Erben erhoben werden. Der Grund dafür, daß der Erbe im Unterschied zur Aktivlegitimation hier grundsätzlich auch immer passivlegitimiert ist, ergibt sich aus seiner persönlichen Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten gemäß § 1967, die zugunsten der Gläubiger unabhängig von der Anordnung der Testamentsvollstreckung erhalten bleiben soll.³⁷⁸

Die Notwendigkeit einer Klage zumindest auf Duldung durch die Testamentsvollstrecker im Sinne des § 2213 Abs. 3 ist hingegen Folge der Regelung des § 748 ZPO, der klarstellt, daß es zu einer Zwangsvollstreckung in den der Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlaß eines Titels gegen die Testamentsvollstrecker bedarf, das heißt ein entsprechender Vollstreckungstitel muß sich gegen alle Mitvollstrecker richten oder es müssen mehrere

³⁷⁸ Vgl. Prot. V, 291.

Titel vorliegen. Dadurch soll sichergestellt werden, daß der Erbe nicht über die Prozeßführung ohne Beteiligung der Testamentsvollstrecker in der Verwaltung zugehörige Rechte eingreifen kann.³⁷⁹ Die Testamentsvollstrecker sind gemäß § 2213 Abs. 2 sogar schon vor der Erbschaftsannahme durch die Erben und unabhängig von der tatsächlichen Inbesitznahme des Nachlasses passivlegitimiert.

Was aber Klagen angeht, welche die Testamentsvollstrecker in ihrer Rechtsstellung betreffen gilt § 2213 nicht, vielmehr sind diese ausschließlich persönlich gegen die jeweiligen Vollstrecker zu erheben.

b) Vorliegen einer notwendigen Streitgenossenschaft ?

In der Folge stellt sich die Frage, ob die passivlegitimierten Mitvollstrecker auch stets notwendige Streitgenossen sind. Dies ist zunächst abhängig von der Art des klägerischen Begehrens zu untersuchen.

aa) Voraussetzungen bezüglich des Gegenstands der Klage

So ist etwa bei Leistungs- beziehungsweise Feststellungsklagen Voraussetzung für das Vorliegen einer notwendigen Streitgenossenschaft, daß die beanspruchte Leistung beziehungsweise die festzustellende Verpflichtung eine ihrem Gegenstand nach nur von allen Beklagten einheitlich erfüllbare darstellt.³⁸⁰

Die regelmäßigen Gegenstände einer Klage Dritter gegen den Nachlaß werden aber solche auf Erfüllung einer gegen den Nachlaß gerichteten Forderung oder die Übereignung eines Nachlaßgegenstandes darstellen, welche zugleich die klassischen Fälle nur gemeinschaftlich erfüllbarer Ansprüche sind. Folglich sind die Testamentsvollstrecker hier grundsätzlich als notwendige Streitgenossen zu qualifizieren.

³⁷⁹ Vgl. RGZ 109, 166.

³⁸⁰ Vgl. BGH NJW 2000, 292 für die Gesellschafter einer GbR.

bb) Voraussetzungen bezüglich des Verhaltens der Mitvollstrecker

Entscheidend für das Vorliegen einer notwendigen Streitgenossenschaft könnte über das Klagebegehren hinaus aber auch sein, ob nur einzelne oder alle Mitvollstrecker die Erfüllung des geltendgemachten Anspruchs ablehnen.

(1) Ansicht des BGH:

So hat der BGH³⁸¹ für den Fall einer Klage gegen einen von mehreren Miteigentümern eines Grundstücks, die grundsätzlich notwendige Streitgenossen darstellen, die Ansicht vertreten, daß bei Leistungsbereitschaft der übrigen gegenüber dem Kläger der sich allein verweigernde Miteigentümer dann auch allein passivlegitimiert sein kann, da die Beteiligung der ohnehin leistungswilligen Streitgenossen in diesem Fall eine unnötige und nur weitere Kosten verursachende Formalität darstelle.

Der BGH stützt seine Entscheidung somit in erster Linie auf prozeßökonomische Erwägungen. Prozeßwirtschaftlich geboten ist dabei unter mehreren in Betracht kommenden prozessualen Verfahrensweisen stets diejenige, welche die Erreichung des Rechtsstreitsziels mit dem geringsten Aufwand, insbesondere auf eine einfachere, kostengünstigere und schnellere Art und Weise, verspricht. Die Ausdehnung der Klage auch auf die leistungsbereiten Mitvollstrecker als Streitgenossen würde aber schon aufgrund der zwangsläufig damit entsprechend ihrer Anzahl einhergehenden Vervielfachung der Prozeßrechtsverhältnisse dieses Verfahren in jedem Fall aufwendiger gestalten.

(2) Ansicht Henckels:

Nach einer anderen Auffassung ist die Bereitschaft zur Erfüllung des Anspruchs durch die übrigen Mitvollstrecker hierfür noch nicht ausreichend, es müsse vielmehr eine Unterwerfungserklärung unter die Zwangsvollstreckung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO vorliegen. Fehlt diese, bestehe nämlich kein schutzwürdiges Interesse des Klägers an einem Einzeltitel, da er das Rechtsschutzziel nur bei Vorliegen eines Titels gegen sämtliche Mitvollstrecker tatsächlich durchsetzen könne und es mithin nicht Aufgabe des Gerichts sei,

³⁸¹ Vgl. BGH NJW 1962, 1722 f.

eine Entscheidung zu treffen, deren Vollziehbarkeit von einem weiteren Titel über denselben Streitgegenstand abhängig ist.³⁸² Liegt keine Unterwerfungserklärung vor, besteht nach dieser Ansicht infolge der notwendigen Streitgenossenschaft der Mitvollstrecker also selbst bei Leistungsbereitschaft der übrigen keine alleinige Passivlegitimation des sich weigernden Vollstreckers, da es bereits am Rechtsschutzbedürfnis der Klage gegen diesen mangle.

(3) Stellungnahme:

Den prozeßökonomischen Erwägungen des Bundesgerichtshofs ist grundsätzlich zuzustimmen.

Für den Fall, daß die ursprünglich leistungsbereiten Mitvollstrecker allerdings nach ergangenem Urteil gegen den sich weigernden Vollstrecker ihre Meinung ändern, tritt genau der gegenteilige Effekt ein, das heißt es wird ein weiteres Verfahren gegen diese notwendig, außer sie hatten sich wie von der anderen Ansicht gefordert eben in Form einer vollstreckbaren Unterwerfungserklärung verpflichtet. Hier gilt es abzuwägen. Zum einen ist ein solcher Meinungsumschwung aus heiterem Himmel wohl eher die Ausnahme und kann bei völliger Unbegründetheit auch unter Umständen Schadensersatzansprüche auslösen, zum anderen können prozeßökonomische Erwägungen zunächst immer nur ex-ante beurteilt werden, was das Risiko einer Fehleinschätzung aufgrund sich ändernder Rahmenbedingungen unvermeidlich mit sich bringt. Deshalb kann und sollte es als ausreichend erachtet werden, wenn die gewählte Verfahrensart wahrscheinlich die prozeßökonomischere darstellt.

Demzufolge ist notwendige Streitgenossenschaft der verklagten Mitvollstrecker dann zu bejahen, wenn erstens die Erfüllung nur durch alle gemeinschaftlich erfolgen kann und zweitens sie diese gemeinschaftlich ablehnen.

³⁸² Vgl. ausführlich hierzu Henckel, S. 57.

2. Klagen von Erben und Vermächtnisnehmern

Während § 2213 die Passivlegitimation erschöpfend für die Fälle regelt, in denen die Testamentsvollstrecker kraft Amtes für den Nachlaß gegenüber Dritten die Prozeßführung wahrnehmen, können Klagen der Erben gegen die Vollstrecker von seinem Anwendungsbereich nicht erfaßt werden, da sie als Träger des Nachlasses ansonsten vom rechtlichen Interesse her betrachtet gleichzeitig Kläger und Beklagter wären.

a) Gegen die Mitvollstrecker persönlich

Hier stellt sich dann als erstes die Frage, ob die Testamentsvollstrecker als Partei kraft Amtes oder persönlich passivlegitimiert sind, was von entscheidender prozeßrechtlicher Bedeutung für die Haftungsmasse ist, die in erstem Fall aus den Mitteln des Nachlasses im zweiten aus dem Privatvermögen der Vollstrecker besteht. Bei Prozessen, die persönliche Ansprüche gegen mehrere gemeinschaftlich verwaltende Testamentsvollstrecker zum Gegenstand haben, kann darüber hinaus die Möglichkeit, die Klage am Gerichtsstand der Vermögensverwaltung im Sinne des § 31 ZPO zu erheben³⁸³, von Interesse sein.

Unter Klagen, die sich gegen die Testamentsvollstrecker persönlich und nicht gegen den Nachlaß im Sinne des § 2213 richten, fallen demnach beispielsweise solche, wenn die Erben nach Beendigung der Testamentsvollstreckung von den Mitvollstreckern den Nachlaß gemäß §§ 2218 Abs. 1, 667 herausverlangen oder diese auf Schadensersatz gemäß § 2219 in Anspruch nehmen.³⁸⁴

b) Gegen die Mitvollstrecker in ihrer Amtseigenschaft

Ist das Klagebegehren der Erben hingegen auf eine Amtshandlung der Testamentsvollstrecker gerichtet, wie etwa die Erstellung eines Nachlaßverzeichnisses nach § 2215, Rechnungslegung nach §§ 2218, 666, ordnungsmäßige Verwaltung nach § 2216

³⁸³ Vgl. Soergel/Damrau, § 2213 Rn. 12.

³⁸⁴ Vgl. BGH WM 1987, 564 ; 1988, 125 (126).

oder die Überlassung von Nachlaßgegenständen nach § 2217³⁸⁵, sind die Vollstrecker in ihrer Amtseigenschaft passivlegitimiert.

c) Vorliegen einer notwendigen Streitgenossenschaft ?

Als zweites gilt es dann hierauf aufbauend auch bei Klagen der Erben gegen die Vollstrecker zu klären, in welchen der dabei in Betracht kommenden Passivprozesse zwischen diesen Parteien die Testamentsvollstrecker notwendige Streitgenossen darstellen.

aa) Grundsatz

Klagen der Erben gegen die Mitvollstrecker in ihrer Amtseigenschaft lösen ebenso wie Klagen Dritter grundsätzlich dann notwendige Streitgenossenschaft aus, sofern die klageweise beanspruchte Leistung beziehungsweise die festzustellende Verpflichtung eine ihrem Gegenstand nach nur von allen Beklagten einheitlich erfüllbare darstellt. Diese Anforderungen treffen etwa auf die Überlassung von Nachlaßgegenständen nach § 2217 zu.

bb) Ausnahmefälle

(1) Persönliche Klagen

Bei persönlichen Klagen scheidet notwendige Streitgenossenschaft jedenfalls denknotwendig aus, da sie sich nicht zugleich gegen einen einzelnen Mitvollstrecker persönlich richten und nur von allen gemeinschaftlich erfüllbar sein können. Für den Fall der Haftungsklage wird aber trotz des Charakters als persönliche Klage aufgrund des nach §

³⁸⁵ Abweichende Ansicht: OGHZ 2, 45 (48) und Soergel/Damrau, § 2213 Rn. 8, die darin eine persönliche Klage sehen. Zuzustimmen aber Garlichs, S. 43, der eine Amtsklage mit der Begründung annimmt, daß das Urteil nach dem Tod des Testamentsvollstreckers gegen dessen Nachfolger und nicht dessen Erben wirke und gegebenenfalls aufgrund des Urteils zur Durchsetzung in den Nachlaß und nicht das Privatvermögen des Testamentsvollstreckers vollstreckt werden müsse, was beides nur bei Verneinen einer persönlichen Klage und Annahme einer Amtsklage erreicht werden könne.

2219 Abs. 2 bestehenden Gesamtschuldverhältnisses zumindest einfache Streitgenossenschaft im Sinne des § 59 Alt. 1 ZPO vorliegen.³⁸⁶

(2) Klage aus §§ 2218, 666

Ebenso stellt die Rechnungslegung nach §§ 2218 in Verbindung mit § 666, weil sich der Anspruch auf sie nicht gegen den Nachlaß als solches richtet, keine Maßnahme dar, die notwendigerweise rechtswirksam nur von allen Testamentsvollstreckern gemeinsam vorgenommen werden kann, es handelt sich vielmehr um eine persönliche Amtspflicht jedes einzelnen Vollstreckers basierend auf dem gesetzlichen Schuldverhältnis zu den Erben und somit um keinen Fall der notwendigen Streitgenossenschaft.³⁸⁷

(3) Negative Feststellungsklage bezüglich Vergütung

Aus den gleichen Gründen, die im Rahmen der Aktivlegitimation dargelegt wurden, muß ein einzelner Mitvollstrecker auch allein bezüglich der nur seinen Vergütungsanspruch betreffenden negativen Feststellungsklage der Erben passivlegitimiert sein.³⁸⁸

(4) Klagen bei Verweigerung durch einzelnen Mitvollstrecker

Im Hinblick auf das im Rahmen Klagen Dritter gegen die Testamentsvollstrecker ausführlich oben diskutierte Problem, der Passivlegitimation des allein nicht leistungsbereiten Mitvollstreckers hat das Reichsgericht³⁸⁹ für den Fall der Klage eines Erben auf Auseinandersetzung zu dem von ihm gewünschten Zeitpunkt ausdrücklich erklärt, daß auch gegen den allein sich weigernden Mitvollstrecker wirksam Klage erhoben werden könne, mit der Begründung, daß sie dann den Charakter eines persönlichen Streits zwischen diesem Mitvollstrecker und dem Kläger aufweise.

³⁸⁶ Vgl. BayObLGZ 1985, 314 (317); DB 1992, 2434.

³⁸⁷ So bereits RG JW 1913, 495.

³⁸⁸ So auch ausdrücklich RG Das Recht 1918 Nr. 251.

³⁸⁹ Vgl. RG Das Recht 1918 Nr. 252.

I) Entlassung eines Mitvollstreckers

I. Allgemeines

Da bezüglich der Tätigkeit der Testamentsvollstrecker bereits aus ihrer Funktion heraus kein Widerrufsrecht der Erben trotz ihrer Stellung als Rechtsnachfolger des Erblassers und damit als eigentliche Geschäftsherrn bestehen kann, stellt als Ersatz hierfür die einzige Möglichkeit der Beendigung des Amtes gegen den Willen des Testamentsvollstreckers das Entlassungsverfahren nach § 2227 dar.³⁹⁰ Dieses räumt die Entscheidung dem Nachlaßgericht auf Antrag eines Beteiligten unter der Voraussetzung des Vorliegens eines wichtigen Grundes ein, was die Ausgestaltung zu einer Ermessensentscheidung des Richters zur Folge hat.

II. Spannungen zwischen Mitvollstreckern als Entlassungsgrund?

Bezüglich der Verwaltung des Nachlasses durch eine Mehrheit von Testamentsvollstreckern stellt sich in diesem Rahmen das Sonderproblem, ob ein andauerndes Spannungsverhältnis zwischen den Vollstreckern untereinander zur Entlassung eines oder mehrerer von ihnen führen kann.

1. Ansicht des Kammergerichts³⁹¹

Das Kammergericht hatte darüber in einem ganz speziell gearteten Fall der Mehrheit von Testamentsvollstreckern zu entscheiden, nämlich der gleichzeitigen Eigenschaft aller Vollstrecker als Miterben.

Nach seiner Ansicht geht der Gesetzgeber aufgrund der Regelung in § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 grundsätzlich vom Auftreten von Meinungsverschiedenheiten und dazugehörigen Spannungen innerhalb des Testamentsvollstreckerorgans aus, allerdings drohe bei zu häufiger Anrufung des Nachlaßgerichts aufgrund der bis zur jeweils rechtskräftigen Entscheidung auftretenden Verzögerungen eine de facto Lahmlegung der ordnungsmäßigen

³⁹⁰ Vgl. Mot V, 224.

³⁹¹ Vgl. KG OLGE 32, 62.

Verwaltung, die den Interessen der Nachlaßbeteiligten zuwiderlaufen müsse. Ebenso seien Fälle einer so weit gediehenen persönlichen Feindschaft zwischen Mitvollstreckern denkbar, daß von sachlichen Meinungsverschiedenheiten im Sinne des § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 gar nicht mehr die Rede sein könne und eine gemeinschaftliche Verwaltung im Sinne des Erblassers folglich nicht mehr zu gewährleisten sei. Dann sei es sowohl nach der objektiven Sachlage als auch dem mutmaßlichen Willen des Erblassers gerechtfertigt, zur ultima ratio der Entlassung zu greifen. Je nach Einzelfall könne dabei sogar die Entlassung aller Testamentsvollstrecker sachgerecht sein.

Ergäbe aber die Abwägung zwischen den Interessen der am Nachlaß Beteiligten an einer Weiterführung der Verwaltung durch Testamentsvollstreckung mit der Art und dem Umfang des Spannungsverhältnisses zwischen den Vollstreckern, daß erstere überwiegen, könne auch die Entlassung einzelner Mitvollstrecker die richtige gebotene Lösung sein. Die gleichzeitige Miterbenstellung der betroffenen Vollstrecker ändere daran grundsätzlich nichts, da die tatsächlichen Ursachen der Probleme zumindest bezüglich der Verwaltung des Nachlasses in der Regel allein auf ihrer rechtlichen Stellung als Mitvollstrecker beruhen würden, die Einflußmöglichkeiten und damit auch das Konfliktpotential reduzierten sich bei einer Entlassung als Vollstrecker aufgrund der beschränkten Rechte als Miterbe bei fortbestehender Testamentsvollstreckung hingegen erheblich.

2. Ansicht des OLG Hamburg

Das OLG Hamburg³⁹² stellt hingegen höhere Anforderungen an die Feindschaft zwischen Mitvollstreckern auf, um eine Entlassung geboten erscheinen zu lassen.

So vertritt es die Ansicht, daß derartige persönliche Spannungen zwar die Amtsführung und die notwendigen Verhandlungen erschweren könnten, aber darin allein noch keine grundsätzliche Gefährdung der Interessen der Nachlaßbeteiligten gesehen werden könne. Vielmehr könne gerade das zwischen ihnen entstandene Mißtrauen zu einer noch sorgfältigeren und gewissenhafteren Amtsführung anhalten, um dem anderen nicht die Gelegenheit zum Vorwurf des einseitigen oder gar eigennützigen Verhaltens zu geben. Eine Gefahr für den Nachlaß bilde vielmehr die bei zu großem gegenseitigen Vertrauen regelmäßig eintretende Sorglosigkeit der Mitvollstrecker.

³⁹² Vgl. OLG Hamburg, OLGE 26, 358.

Selbst die in der zugrundeliegenden Entscheidung aufgetretene Einstellung jeglichen direkten Schriftverkehrs zwischen den Testamentsvollstreckern vermöge einen Entlassungsgrund - jedenfalls solange der Nachlaß keinen direkten Schaden nehme - nicht darzustellen, da die Möglichkeit persönlicher Verhandlungen verbleibe. Nach Auffassung des OLG Hamburg³⁹³ sei hier ausschließlich das Gesamtinteresse des Nachlasses zu berücksichtigen, hinter dem jegliche Form persönlicher Differenzen zurückzustehen habe.

3. Stellungnahme

Die Anforderungen an die Entlassung eines Testamentsvollstreckers sind bewußt hoch angesetzt, da seine Einsetzung auf dem ausdrücklichen und maßgeblichen Erblasserwillen beruht und ihre Tätigkeit schon aufgrund der mit ihr verbundenen massiven Einschränkungen der Rechte des Erben regelmäßig zu Konflikten führen wird.

Insoweit ist dem OLG Hamburg zuzustimmen, daß allein persönliche Unbefindlichkeiten eine Entlassung nicht rechtfertigen können. Vielmehr muß die Ermittlung des mutmaßlichen Erblasserwillens für den vorliegenden Einzelfall oder eine konkret drohende erhebliche Schädigung des Nachlasses die Entlassung als geboten erscheinen lassen.

³⁹³ Vgl. OLG Hamburg, OLGE 26, 360.

J) Testamentsvollstreckerzeugnis

I. Allgemeines

Das Testamentsvollstreckerzeugnis dient der Legitimation der Mitvollstrecker im Rechtsverkehr. Gerade bei der Verwaltung des Nachlasses durch mehrere Testamentsvollstrecker können im Außenverhältnis Zweifel über das wirksame Bestehen und den Wirkungskreis der oder des jeweiligen Testamentsvollstrecker entstehen. Hier kann das Testamentsvollstreckerzeugnis als gerichtliche Bescheinigung über die bestehende Rechtszuständigkeit der Testamentsvollstrecker Klarheit schaffen, da nach § 2368 Abs. 3 Hs. 1 in Verbindung mit §§ 2365 f. entsprechend wie beim Erbschein auch im Hinblick auf die im Testamentsvollstreckerzeugnis enthaltenen Angaben eine Richtigkeitsvermutung und zugunsten in diesem Rahmen vorgenommener Rechtsgeschäfte öffentlicher Glaube besteht. Das heißt, daß hinsichtlich aller rechtsgeschäftlichen Handlungen, die sich als Folge der im Testamentsvollstreckerzeugnis dokumentierten Rechtsstellung ergeben, Gutglaubenswirkung eintritt. Besonders bemerkenswert ist, daß infolge der den Testamentsvollstreckern nach § 2206 zustehenden Rechtsmacht, Verpflichtungen für den Nachlaß einzugehen, der öffentliche Glaube hier nicht nur für Verfügungs- sondern auch für Verpflichtungsgeschäfte eingeräumt wird.³⁹⁴

II. Besonderheiten bei Mehrheit von Testamentsvollstreckern

1. Antragsstellung

§ 2368 Abs. 1 S. 1 legt das zwingende Erfordernis der Antragsstellung zur Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses beim Nachlaßgericht, innerhalb dessen sich nach § 16 Nr. 6 RPflG die funktionelle Zuständigkeit des Nachlaßrichters ergibt, fest.

³⁹⁴ Vgl. Münchener Kommentar/Promberger, § 2368 Rn. 43; Soergel/Zimmermann, § 2368 Rn. 1 ff.; Staudinger/Schilken, § 2368 Rn. 11 ff.

Fraglich ist, ob die Antragstellung bereits einen Teil der gemeinschaftlichen Verwaltung des Nachlasses darstellt und deshalb nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 nur gemeinschaftlich erfolgen kann.

Hier ist allerdings der ausdrückliche Verweis des § 2368 Abs. 3 Hs. 1 auf die Regelungen zum Erbschein und somit auch auf § 2357 Abs. 1 S. 2 als vorrangig anzusehen, wonach entsprechend der Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Testamentsvollstreckerzeugnisses durch jeden einzelnen Mitvollstrecker gestellt werden kann, sofern er nur in der Lage ist, die Amtsannahme der übrigen Mitvollstrecker nachzuweisen. Darüber hinaus kann der einzelne Mitvollstrecker auch allein die Erteilung eines Sonderzeugnisses beantragen, was vor allem dann in Betracht kommt, wenn er im Außenverhältnis allein verfügungsberechtigt ist oder den Testamentsvollstreckern getrennte Wirkungskreise zugewiesen sind. Ebenso zulässig ist der Antrag eines Vollstreckers auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Teilzeugnisses über die Rechte einiger der mehreren Testamentsvollstrecker.³⁹⁵

2. Inhalt

Ist der Antrag auf Erteilung eines Teilvollstreckerzeugnisses gestellt, muß bezüglich seines Inhalts beachtet werden, daß einzutragen ist inwieweit der bzw. die Testamentsvollstrecker in seiner beziehungsweise ihrer Rechtsmacht durch die den übrigen Mitvollstreckern gesetzlich oder kraft abweichender Erblasserordnung zugewiesenen Aufgaben und Befugnisse eingeschränkt ist beziehungsweise sind. Nur wenn der oder die im Teilzeugnis genannten Mitvollstrecker im Außenverhältnis wirksam zu selbständigem Handeln ermächtigt sind, kann die Angabe der übrigen Mitvollstrecker auch unterbleiben.³⁹⁶

Denn zum einen kann der Sinn des Testamentsvollstreckerzeugnisses nur erreicht werden, wenn dieses keine Zweifel über die Legitimation der Testamentsvollstrecker im Rechtsverkehr auch ohne Einsicht in das zugrundeliegende Testament läßt³⁹⁷, zum anderen würde nach §§ 2368 Abs. 3 Hs. 1, 2365 die Erteilung ohne die beschränkenden Angaben die

³⁹⁵ Vgl. Haegel/Winkler, Rn. 698.

³⁹⁶ Vgl. KG KGJ 31, 94.

³⁹⁷ Vgl. KG RJA 2, 167 für die Angabe der abweichenden Erblasserordnung im Testamentsvollstreckerzeugnis, daß zwei der drei Testamentsvollstrecker im Außenverhältnis voll handlungsbefugt sind.

Vermutung der Richtigkeit zugunsten der Annahme der unbeschränkten Rechtsstellung des in Wahrheit durch die Mitvollstrecker beschränkten Testamentsvollstreckers auslösen, was den Grundsatz der gemeinschaftlichen Verwaltung nach § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 im Außenverhältnis komplett konterkarieren würde.

Verwaltungsanordnungen des Erblassers das Innenverhältnis betreffend sind hingegen nicht aufzuführen, da sie auf den Zweck des Testamentsvollstreckerzeugnisses, den Legitimationsnachweis gegenüber Dritten, keine Auswirkungen haben. Denn sie binden die Mitvollstrecker nur schuldrechtlich, das heißt, daß sie bei Verstoß zwar eine Schadensersatzpflicht gegenüber den Erben auslösen können, aber der Wirksamkeit eines abgeschlossenen Rechtsgeschäfts grundsätzlich nicht entgegenstehen, wenn der Dritte als Geschäftspartner von den Anordnungen Kenntnis haben sollte. Mangels Erheblichkeit im Außenverhältnis würde ihre Angabe im Zeugnis dieses deshalb für den Rechtsverkehr vielmehr lediglich unklarer machen und den Gebrauch erschweren, was mit dem Zweck des Testamentsvollstreckerzeugnisses nicht zu vereinbaren ist.³⁹⁸

Somit sind gemäß § 2368 Abs. 1 S. 2 all diejenigen Bestimmungen des Erblassers in das Testamentsvollstreckerzeugnis aufzunehmen, die für den rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Dritten erheblich sein können, worunter wie gesehen grundsätzlich auch die Anordnung der Verwaltung des Nachlasses durch mehrere Mitvollstrecker fällt.

3. Berichtigung

a) Zulässigkeit

Ein besonderes Problem ergibt sich beim Testamentsvollstreckerzeugnis, wenn einer oder mehrere Mitvollstrecker wegfallen beziehungsweise hinzukommen, hinsichtlich der fraglichen Zulässigkeit und dann gegebenenfalls Notwendigkeit seiner Berichtigung. Hier sind verschiedene denkbare Fallgestaltungen zu unterscheiden.³⁹⁹

So könnte jedenfalls für den Fall eines gemeinschaftlichen Zeugnisses und des Wegfalls eines Mitvollstreckers bei daraufhin im Einklang mit einer entsprechenden Ermächtigung

³⁹⁸ Vgl. KG OLGE 12, 400; JW 1938, 2476.

³⁹⁹ Vgl. KG RJA 5, 37.

des Erblassers vorgenommenen Nachfolgerernennung die Zulässigkeit einer Berichtigung bejaht werden. Denn das nach §§ 2368 Abs. 3 Hs. 1, 2357 Abs. 1 S. 2 auch dem neuen als Nachfolger ernannten Mitvollstrecker zustehende Recht auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Testamentsvollstreckerzeugnisses führt dazu, daß das Zeugnis bei einem für seinen Inhalt relevanten Wechsel entsprechend den jeweils eingetretenen Veränderungen anzupassen sein muß.

Dann entspricht es Gesetz und praktischem Bedürfnis aber gleichermaßen am besten, wenn das Zeugnis über die Ernennung des Nachfolgers mit dem schon vorhandenen gemeinschaftlichen Testamentsvollstreckerzeugnis in Form eines Nachtragsvermerks verbunden wird.

Einer solchen Berichtigung des aufgrund eines Wechsels der Person eines Mitvollstreckers unrichtig gewordenen Zeugnisses könnte aber grundsätzlich die Regelung der §§ 2368 Abs. 3 Hs. 1, 2361 Abs. 1 S.1 entgegenstehen, wonach ein unrichtig gewordenes Testamentsvollstreckerzeugnis einzuziehen wäre. Hier sind aber im Hinblick auf die fragliche entsprechende Anwendbarkeit der Vorschrift die Unterschiede zwischen Erbschein und Testamentsvollstreckerzeugnis zu berücksichtigen. So ist bei ersterem die Einziehung nach § 2361 Abs. 1 S. 1 erforderlich, um sein Kraftloswerden nach S. 2 zur Folge zu haben, wohingegen zweiteres auch ohne Einziehung gemäß § 2368 Abs. 3 Hs. 2 kraftlos werden kann und zudem seine inhaltliche Veränderung schon aufgrund der §§ 2197, 2199, 2225 f. wesentlich häufiger als beim im Erbschein bezeugten Erbrecht vorkommen wird. Anders als beim Erbschein ist deshalb im Rahmen des Testamentsvollstreckerzeugnisses eine Einziehung jedenfalls nicht immer zwingend geboten, weshalb ein entsprechender Vermerk durchaus vorzuziehen sein kann, da er einerseits dem Interesse an Rechtssicherheit durch die inhaltliche Klarstellung bezüglich der veränderten Verhältnisse genügt und andererseits eine weitere Verwendung des Zeugnisses zumindest zu Beweis Zwecken ermöglicht.⁴⁰⁰

Ernennen die verbliebenen Mitvollstrecker somit wirksam einen Nachfolger für den Weggefallenen ist dies durch einen entsprechenden Vermerk auf dem Testamentsvollstreckerzeugnis kenntlich zu machen, da diese ihr altes Amt in vollem Umfang weiterführen, weshalb die komplette Neuerteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses mit der Wiederholung der dazu erforderlichen Nachweise

⁴⁰⁰ Vgl. die ständige Rechtsprechung hierzu jeweils mit weiteren Nachweisen: KG RJA 5, 37; NJW 1964, 1905; BayObLGZ 1988, 42 (51).

nicht sinnvoll erscheint, zumal ein neues Zeugnis auch keine Legitimation für das Handeln der Vollstrecker in der Vergangenheit beinhalten könnte.

Einen entsprechenden Formulierungsvorschlag bietet Firsching/Graf⁴⁰¹: „Das Testamentsvollstreckerzeugnis vom ... wird wie folgt berichtigt: An die Stelle des Rechtsanwalts X, der sein Amt am ... gekündigt hat, ist Rechtsanwalt Y (genaue Anschrift) getreten. Er hat am ... sein Amt angenommen.“

b) Anwendungsfälle

Nach Klärung der Zulässigkeit der Berichtigung des Testamentsvollstreckerzeugnisses stellt sich die Frage, wann diese - über die Fälle der Antragsstellung durch einen oder mehrere Mitvollstrecker hinaus - notwendigerweise zu erfolgen hat.

Dies ist etwa dann zu bejahen, wenn sich nach dem letzten Willen des Erblassers die Verpflichtung zur Ernennung eines Nachfolgers bei Wegfall eines Mitvollstreckers dergestalt ergibt, daß bis zu dessen Amtsantritt die Verfügungsbefugnis der verbliebenen Mitvollstrecker ruhen soll. Hier muß ein entsprechender Vermerk im Testamentsvollstreckerzeugnis erfolgen, da ansonsten die Vermutung der gesetzlichen Folge des § 2224 Abs. 1 S. 2, die den übriggebliebenen Mitvollstreckern volle Handlungsbefugnis zuweist, nicht ausgeräumt werden kann.⁴⁰²

Hat der Erblasser hingegen testamentarisch bestimmt, daß bei Wegfall eines Mitvollstreckers das Amt aller erlöschen soll, wird das Zeugnis gemäß § 2368 Abs. 3 Hs. 2 mit Eintritt des Wegfalls kraftlos, das heißt auch der an das Testamentsvollstreckerzeugnis anknüpfende öffentliche Glaube fällt unabhängig von der Kenntnis Dritter über die Beendigung der Testamentsvollstreckung ex nunc weg. Bei mangels abweichender Erblasseranordnung eintretender gesetzlicher Folge der Weiterführung des Amtes durch die übrigen nach § 2224 Abs. 1 S. 2 behält das Testamentsvollstreckerzeugnis seine Gültigkeit indes auch für die Zukunft.

Eine über diese genannten Fälle hinausgehende Berichtigung des Testamentsvollstreckerzeugnisses kommt mit Ausnahme des Vorliegens offenkundiger

⁴⁰¹ Firsching/Graf, Rn. 4.468.

⁴⁰² Vgl. KG OLGE 34, 319.

Unrichtigkeiten im Sinne des § 319 ZPO nicht in Betracht.⁴⁰³ Eine Ausnahme im letzteren Sinn stellt indes - bestätigt durch Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts⁴⁰⁴ - nicht die unterschiedliche Reihenfolge der Nennung mehrerer gleichberechtigter Testamentsvollstrecker in Testament und Testamentsvollstreckerzeugnis dar, weil die bloße Reihenfolge ohne die geringste Bedeutung für die tatsächlichen Befugnisse der Mitvollstrecker ist.

⁴⁰³ Vgl. Staudinger/Schilken, § 2368 Rn. 27.

⁴⁰⁴ Vgl. BayObLGZ 7, 429.

K) Beendigung der Verwaltung

I. Besonderheiten bezüglich der gesetzlichen Beendigungsgründe

Die allgemeinen gesetzlichen Beendigungsgründe der Verwaltung des Nachlasses durch einen Testamentsvollstrecker in §§ 2225-2227 greifen bei einer Mehrheit von Testamentsvollstreckern nur eingeschränkt. Denn wie gesehen⁴⁰⁵ führen der Tod, die Kündigung oder die Entlassung eines Mitvollstreckers grundsätzlich nach § 2224 Abs. 1 S. 2 zur Weiterführung des Amtes durch die übrigen Testamentsvollstrecker, außer der Verfügung von Todes wegen ist ausdrücklich oder durch Auslegung zu entnehmen, daß in diesem Fall die verwaltende Tätigkeit durch sie enden soll. Ansonsten wird diese demnach erst durch den Tod, die Kündigung oder die Entlassung des gesamten Testamentsvollstreckerorgans bei gleichzeitig fehlender Nachfolgeregelung beendet.

Der Beendigungsgrund der vollständigen Erledigung aller den Testamentsvollstreckern zugewiesenen Aufgaben beziehungsweise der vollständigen Erschöpfung des Nachlasses gilt hingegen uneingeschränkt auch hier, mit der Folge, daß das Amt dann automatisch erlischt.⁴⁰⁶

Für den bei Einsetzung einer Mehrheit von Testamentsvollstreckern gegebenen Regelfall der Dauervollstreckung endet ihre Tätigkeit grundsätzlich gemäß § 2210 S. 1 spätestens 30 Jahre nach dem Erbfall, außer es liegt einer der in § 2210 S. 2 normierten Ausnahmetatbestände vor.

II. Anordnungen des Erblassers

Dem Erblasser steht es aber frei, testamentarisch abweichende Anordnungen für das Ende der Dauervollstreckung zu treffen, etwa dieses auf den Zeitpunkt des Eintritts eines von ihm festgelegten Endtermins oder einer auflösenden Bedingung festzulegen.

Bei Vorhandensein eines Testamentsvollstreckerorgans bestünde zudem die Möglichkeit einer Erblasserordnung, die das Ende der Verwaltung des Nachlasses von einem entsprechenden einstimmigen Beschluß der Mitvollstrecker abhängig macht. Über die

⁴⁰⁵ Vgl. oben S. 122.

⁴⁰⁶ Vgl. KG OLGE 37, 259; BayObLGZ 1953, 357; BayObLG ZEV 1995, 370.

Zulässigkeit einer solchen testamentarischen Verfügung unter der zusätzlichen Einschränkung, daß die Erhaltung des Nachlaßvermögens gesichert sein müsse, hatte das BayObLG⁴⁰⁷ zu entscheiden.

Zutreffend führt es im Hinblick auf Bedenken, daß eine solche Bestimmung die Befugnisse der Testamentsvollstrecker über die gesetzlichen Möglichkeiten hinaus in unzulässigerweise erweitere, aus, daß wenn der Erblasser überhaupt über die Anordnung einer Dauervollstreckung und ihren Endtermin durch Befristung oder auflösende Bedingung frei entscheiden könne, er die Entscheidung über ihr Ende auch den Vollstreckern selbst übertragen können müsse. Dafür spreche zudem, daß so auf der einen Seite die freie und unabhängige Stellung der Vollstrecker gestärkt werde auf der anderen Seite aber auch zugunsten der Erben die Möglichkeit bestehe, diesen eine freiere Stellung einzuräumen. Außerdem bedürfe zur Berücksichtigung der Wechselfälle im Wirtschaftsleben die nicht nach § 2216 Abs. 2 S. 2 außer Kraft setzbare starre Regelung des § 2210 S. 1 ohnehin einer Auflockerung, welche auf diese Weise erreicht werden könne.

Die Erblasserentscheidung, das Ende der Verwaltung des Nachlasses durch mehrere Testamentsvollstrecker diesen selbst durch einstimmigen Beschluß zu überlassen, ist somit zulässig und sinnvoll.

⁴⁰⁷ Vgl. BayObLG NJW 1976, 1692.

L) Kautelarjuristische Praxis

Angesichts der dargestellten mit der zunehmenden Bedeutung der Verwaltung des Nachlasses durch mehrere Testamentsvollstrecker einhergehenden Vielgestaltigkeit der in der Praxis sich ergebenden Problemkreise stellt sich die Frage welche Formularvorschläge die kautelarjuristischen Handbücher für diese Konstellation bereithalten.

Auffallend ist bei deren Untersuchung aber vor allem, daß die Formularvorschläge im Hinblick auf eine Mehrheit von Testamentsvollstreckern äußerst dürftig sind.⁴⁰⁸

I. Zur Einsetzung mehrerer Testamentsvollstrecker

Zumindest im Hinblick auf die Ernennung mehrerer Testamentsvollstrecker finden sich aber vereinzelt Formulierungsvorschläge in der Literatur.

So empfehlen Nath/Schilling/Fingerhut die Wendung *„(...) ordne ich Testamentsvollstreckung an. Die Testamentsvollstrecker sollen bei der Verwaltung alle gesetzlich zulässige Freiheit haben. Zu Testamentsvollstreckern ernenne ich: ...“*⁴⁰⁹. Prausnitz und Wurm/Wagner/Zartmann entscheiden sich für die Formulierung *„Zu (meinen) Testamentsvollstreckern ernenne ich (...) Es sollen immer/stets zwei Testamentsvollstrecker das Amt gemeinschaftlich führen/ausüben.“*⁴¹⁰ Einen ähnlichen Vorschlag bietet Haegel/Winkler : *„Ich ordne für meinen Nachlaß Testamentsvollstreckung an. Zu meinen Testamentsvollstreckern ernenne ich ... Die mehreren Testamentsvollstrecker führen das Amt gemeinschaftlich.“*⁴¹¹.

Diese Muster der genannten kautelarjuristischen Literatur orientieren sich damit sichtlich übereinstimmend für die Einsetzung eines Testamentsvollstreckerorgans an dem Gesetzeswortlaut des § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 1. Dies ist vor allem im Hinblick auf die Vermeidung von Auslegungszweifeln betreff des entsprechenden im Testament niedergelegten Erblasserwillens sinnvoll.

⁴⁰⁸ So finden sich gar keine Formularvorschläge bei Haegel/Epple; Kersten/Bühling; Linde/Clausnitzer/Kohlhepp; Münchener Vertragshandbuch Band 4 Halbband 2; Weirich.

⁴⁰⁹ Nath/Schilling/Fingerhut, S. 188.

⁴¹⁰ Prausnitz Alice, Rn. 6.401; Wurm/Wagner/Zartmann, Rn. 81b.

⁴¹¹ Haegel/ Winkler, Rn. 848.

II. Zur gemeinschaftlichen Amtsführung

Es finden sich aber auch entsprechende Vorschläge für über die gesetzliche Bestimmung hinausgehende Zusatzbestimmungen bei Haegele/Winkler⁴¹², wie zum Beispiel *„Bei allen wichtigen Entscheidungen haben die drei Testamentsvollstrecker einen schriftlichen Beschluß herbeizuführen. Bei Meinungsverschiedenheiten unter den Testamentsvollstreckern entscheidet – soweit in diesem Testament nichts anderes bestimmt ist – die Stimme des Testamentsvollstreckers A. Dieser enthält hiermit auch Vollmacht über meinen Tod hinaus zur Regelung aller Nachlaßangelegenheiten bis zur Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses an alle Testamentsvollstrecker.“* oder *„Die Testamentsvollstrecker haben unverzüglich nach Amtsannahme eine Geschäftsordnung aufzustellen. Darin ist u.a. zu bestimmen, wie die laufenden Geschäfte des Nachlasses abzuwickeln und zu überwachen sind. Im übrigen haben die Testamentsvollstrecker durch eine entsprechende Regelung Vorsorge zu treffen, dass die Einsetzung der mehreren Testamentsvollstrecker die Führung der laufenden Geschäfte nicht unnötig behindert, insbesondere also einer von ihnen das Recht hat in Eilfällen allein zu entscheiden (siehe auch § 2224 Abs. 2 BGB).“*.

Die vielgestaltigsten Formulierungsvorschläge bietet aber Reimann⁴¹³, so etwa *„Die Testamentsvollstrecker führen das Amt in Gemeinschaft. Alle Maßnahmen, die sie durchführen, bedürfen eines einstimmigen Beschlusses. Ist ein einstimmiger Beschluß nicht zu erzielen, hat die beabsichtigte Maßnahme zu unterbleiben.“* beziehungsweise alternativ *„ist die Einstimmigkeit nicht zu erzielen, entscheidet, wie auch in allen anderen Fällen bei Meinungsverschiedenheit das Nachlaßgericht.“* oder *„Sie sind nur gemeinsam berechtigt Verfügungen über Nachlaßgegenstände zu treffen. Im Innenverhältnis entscheiden die Testamentsvollstrecker mit einfacher Mehrheit der Stimmen. Im Zweifel entscheidet die Stimme des Testamentsvollstreckers ...“* oder *„Die Testamentsvollstrecker werden zu Nebenvollstreckern mit getrennten Aufgabenbereichen ernannt (...) Ist die Abgrenzung zweifelhaft, entscheidet der Testamentsvollstrecker A über die Zuordnung der Aufgaben.“* oder schließlich *„Im Außenverhältnis sind jeweils zwei Testamentsvollstrecker gemeinschaftlich zu Verfügungen über Nachlaßgegenstände berechtigt. Die*

⁴¹² Haegele/Winkler, Rn. 847.

⁴¹³ Bengel/Reimann, Kap. II Rn. 212.

Testamentsvollstrecker haben unverzüglich nach Amtsannahme eine Geschäftsordnung aufzustellen, in der die Zuordnung der laufenden Geschäfte des Nachlasses im Innenverhältnis festgelegt wird. Dabei gelten folgende Grundsätze: ...“.

Alternative Formulierungsvorschläge für verschiedene Kompetenzverteilungsmöglichkeiten innerhalb des Testamentsvollstreckerorgans zur Wahl des Erblassers bietet in der untersuchten kautelarjuristischen Literatur somit allein Reimann.

Dies erscheint gerade im Hinblick darauf unverständlich und bedenklich, daß die Vielseitigkeit der Gestaltungsmöglichkeiten der Amtsführung bei Vorhandensein mehrerer Testamentsvollstrecker den Reiz dieser Konstellation darstellt und zugleich die wichtigsten potentiellen Problem- und Konfliktfelder birgt, denen durch „wasserdichte“ kautelarjuristische Formulierungsvorschläge im Interesse der Rechtssicherheit der Beteiligten und zur Sicherstellung der Durchsetzung des Erblasserwillens Rechnung getragen werden sollte. Denn die Rechtsbeständigkeit der Einsetzung eines Testamentsvollstreckerorgans hängt nicht zuletzt von der Flexibilität und Praktikabilität der gewählten testamentarischen Anordnung entsprechend den Notwendigkeiten des konkreten Nachlasses ab.

III. Zum Wegfall eines Mitvollstreckers

In jedem Fall sollte der umsichtige Erblasser, um den Fortbestand der von ihm gewollten Verwaltung durch mehrere Testamentsvollstrecker auch bei unvorhergesehenem Wegfall eines oder mehrerer von ihnen zu gewährleisten, zumindest eine ausdrückliche Regelung bezüglich der Ersatztestamentsvollstrecker treffen. Die ausführlichsten Vorschläge hierzu bietet Haegele/Winkler⁴¹⁴:

„Sollte einer der von mir ernannten Testamentsvollstrecker wegfallen, so tritt an dessen Stelle der jeweilige Ersatz-Testamentsvollstrecker, der von mir entweder bereits bestimmt ist oder in einer Ergänzung des vorliegenden Testaments benannt wird.“ beziehungsweise „Habe ich von meinem Recht, Ersatz-Testamentsvollstrecker zu bestellen keinen Gebrauch gemacht oder fällt der von mir benannte Ersatz-Testamentsvollstrecker weg, ohne dass ich für diesen einen Nachfolger vorgesehen habe, so tritt an die Stelle des weggefallenen Testamentsvollstreckers ein nach folgenden Regeln zu bestimmender Ersatzmann (...).“

⁴¹⁴ Haegele/Winkler, Rn. 847.

Zusammen mit ihren Formulierungsvorschlägen zur Gewährung des Ernennungsrechts der Ersatztestamentsvollstrecker an die Vollstrecker oder einen Dritten geben Haegele/Zimmermann somit dem Erblasser für diese wichtige Problemkonstellation vielgestaltige Lösungsmöglichkeiten an die Hand.

IV. Stellungnahme

Die Untersuchung der kautelarjuristischen Literatur im Hinblick auf das Vorhandensein einer Mehrheit von Testamentsvollstreckern, ergibt, daß zwar zahlreiche Vorschläge im Hinblick auf ihre Einsetzung und die ohnehin gesetzlich vorgegebenen Standardbefugnisse bestehen, hingegen die Fülle der dem Erblasser tatsächlich zustehenden Gestaltungsmöglichkeiten aus ihr leider kaum ersichtlich wird.

Auch im Hinblick auf die hier dargestellten zentralen Probleme der Haftung und der Vergütung mehrerer Testamentsvollstrecker wäre es wünschenswert, dem Erblasser gleichermaßen praxisnahe wie rechtsklare Formulierungsvorschläge an die Hand zu geben.

Durch die Schließung dieser Lücken könnte ein wertvoller Beitrag zur Steigerung der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens in diesem Bereich gewonnen werden.

Teil 4: Schlußbetrachtung

Abschließend soll anhand der gewonnenen Erkenntnisse festgehalten werden, welche Vorteile die Einsetzung eines Testamentsvollstreckerremiums bietet und welche Problemfelder der umsichtige Erblasser dabei berücksichtigen sollte.

Schon aufgrund des dargestellten Verwaltungsaufwands und der damit einhergehenden Kosten wird sich die Ernennung mehrerer Vollstrecker umso mehr anbieten, je größer und vielfältiger sich der konkrete Nachlaß darstellt. Das Paradebeispiel, das auch durch die Rechtspraxis belegt wird, bildet deshalb das Unternehmertestament mit mehreren Gesellschaftsbeteiligungen und erheblichem Privatvermögen. Um die Interessen zur Fortführung des Unternehmens und diejenigen der Familienangehörigen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen, bietet sich die Besetzung des Testamentsvollstreckerremiums mit Vertretern der jeweiligen Interessengruppe geradezu an.

Bei der Ernennung kann der Erblasser Auslegungszweifel vermeiden, indem er sich ausdrücklich für eine bindende Verwaltungsanordnung im Sinne des § 2216 Abs. 2, etwa wenn nur einzelne Maßnahmen der Verwaltung zustimmungspflichtig sein sollen, oder eben für eine mit der entsprechenden Machtfülle ausgestattete echte Testamentsvollstreckung durch mehrere entscheidet, die sich nicht in einer Nebenvollstreckung erschöpft. Die bestimmte Einsetzung eines Testamentsvollstreckerremiums eröffnet dann auch die einzige Möglichkeit, den Alleinerben in die Testamentsvollstreckung einzubeziehen oder bei Vorhandensein einer Erbengemeinschaft sämtliche Miterben zu Vollstreckern einzusetzen. Nach hier vertretener Ansicht ist der Erblasser auch befugt, einen Vollstrecker zur Ernennung eines oder mehrerer Mitvollstrecker nicht nur zu ermächtigen, sondern auch zu verpflichten, um die Verwaltung durch mehrere sicherzustellen.

Der gesetzliche Grundfall der gemeinschaftlichen Verwaltung durch die Mitvollstrecker birgt aufgrund des Erfordernisses der Gesamtvertretung allerdings Schwierigkeiten, sobald das Gremium größer ist und die Standpunkte zwischen den Vollstreckern zum Teil erheblich differieren. Da sich das Notverwaltungsrecht nach § 2224 Abs. 2 auf wenige Maßregeln beschränkt und als gesetzliche Ausnahmeregelung im Zweifel restriktiv auszulegen ist, sowie eine nachlaßgerichtliche Entscheidung der Meinungsverschiedenheiten abgesehen von den mannigfaltigen rechtlichen Problemen

schon aufgrund der Lähmung der Verwaltung weder im Interesse des Erblassers noch der Erben und der Vollstrecker sein wird, sollte der Erblasser die Möglichkeit einer abweichenden Regelung stets erwägen. Hierzu kann er einerseits insbesondere auf die dargelegten Möglichkeiten der Einführung des Mehrheitsprinzips beziehungsweise der Geschäftsverteilung und der Regelung der Vertretungsverhältnisse zurückgreifen, beispielsweise einem oder mehreren Alleinvertretungsbefugnis im Außenverhältnis erteilen. Andererseits steht es ihm gemäß § 2224 Abs. 1 S. 3 frei, bei Meinungsverschiedenheiten die Entscheidungsbefugnis des Nachlaßgerichts auszuschließen und statt dessen zum Beispiel einem der Mitvollstrecker die Befugnis zum Stichentscheid zu erteilen.

Da der durch sie erzielte „balance-of-power“-Effekt eine zentrale Motivation für die Einsetzung mehrerer Testamentsvollstrecker ist, sollte der Erblasser für den möglichen Wegfall eines Mitvollstreckers eine umfassende Ersatzberufungsregelung treffen, um die Ausgewogenheit des Gremiums auch für diesen Fall sicherzustellen. Aufgrund der unklaren Rechtslage erscheint überdies eine Regelung der Verwaltungsbefugnisse in der Zwischenphase bis zum Amtsantritt des Ersatzvollstreckers sinnvoll.

Die Haftung einer Mehrheit von Testamentsvollstreckern wirft entscheidende Rechtsfragen vor allem im Innenverhältnis auf. Es wäre deshalb durchaus zweckmäßig, wenn der Erblasser etwa in einer Testamentsvollstreckungsordnung Regelungen zu den qualitativen Anforderungen an die Aufsichtspflicht untereinander oder zum Eintreten von Haftungsbefreiungen trifft. Insbesondere bei Entscheidung für das Mehrheitsprinzip sollten überstimmte Vollstrecker, die alles ihnen Zumutbare zur Vermeidung des die Haftung auslösenden Beschlusses getan haben, von der Haftung im Innenverhältnis freigestellt werden, was durch einen klarstellenden Verweis auf die entsprechende gesellschaftsrechtliche Regelung wie gesehen erreicht werden kann.

Liegen vollhaftende Unternehmensbeteiligungen an Personengesellschaften vor, bietet die Zwischenschaltung einer GmbH eine interessante Möglichkeit, zumindest im Ergebnis auch die Verwaltung dieser durch die Mitvollstrecker zu erreichen, ohne ihnen eine persönliche unbeschränkte Haftung aufzuzwingen.

Dringend empfiehlt sich die Regelung der Vergütung und deren Aufteilung innerhalb des Testamentsvollstreckerergremiums, da das gesetzliche Kriterium der Angemessenheit wenig greifbar ist und somit ein gefährlich weiter Einschätzungsspielraum eröffnet wird. Langwierige Rechtsstreitigkeiten mit ungewissem Ausgang sollten im Interesse des

Nachlasses und dessen reibungsloser Verwaltung deshalb vermieden werden. Zudem eröffnet dies dem Erblasser die Möglichkeit, seiner Motivation zur Einsetzung des jeweiligen Vollstreckers durch Festsetzung einer entsprechenden individuellen Vergütung am besten gerecht zu werden. Im Zweifel wird hierbei die Berechnung nach Zeitaufwand entsprechend der Qualifikation des einzelnen Testamentsvollstreckers mit einer im Verhältnis zum Nachlaßwert festgesetzten prozentualen Obergrenze anzuraten sein.

Kommt es zu Rechtsstreitigkeiten vor Gericht, stellen die Mitvollstrecker in Aktivprozessen grundsätzlich eine notwendige Streitgenossenschaft aus materiell-rechtlichen Gründen im Sinne des § 62 Abs. 1 Alt. 2 ZPO dar. Die wichtigsten Ausnahmen hierzu bilden die Klage auf Vergütung und diejenige infolge eines bestehenden Notverwaltungsrechts nach § 2224 Abs. 2 sowie der Antrag auf Entscheidung einer Meinungsverschiedenheit durch das Nachlaßgericht gemäß § 2224 Abs. 1 S. 1 Hs. 2.

Erheben Dritte Klagen gegen den Nachlaß, steht es diesen frei, die Erben oder die Vollstrecker zu verklagen. In erstem Fall gilt es aber im Hinblick auf die Vollstreckbarkeit der Entscheidung zu beachten, daß die Mitvollstrecker nach § 2213 Abs. 3 in Verbindung mit § 748 ZPO zumindest auf Duldung zu verklagen sind. Auch als Beklagte sind die Mitvollstrecker grundsätzlich notwendige Streitgenossen, aus prozeßökonomischen Gesichtspunkten soll aber nach hier vertretener Ansicht für den Fall der Erfüllungsverweigerung durch einzelne Mitvollstrecker eine Klage gegen diese allein ausreichend sein.

Stehen Erben oder Vermächtnisnehmer auf der Klägerseite, richtet sich die Prozeßführungsbefugnis mangels Einschlägigkeit des § 2213 nach den allgemeinen Regeln. Hier stellt aber ebenfalls das Bestehen einer notwendigen Streitgenossenschaft die Regel dar, welche in den Fällen persönlicher Klagen, Klagen aus §§ 2218, 666, Klagen gegen den allein sich weigernden Mitvollstrecker und negativer Feststellungsklagen bezüglich der Vergütung durchbrochen wird.

Hat der Erblasser sich einmal für eine bestimmte Person als Mitvollstrecker entschieden, kann er sich sicher sein, daß dieser nicht bei auftretenden Spannungen innerhalb des Testamentsvollstreckerergremiums entlassen zu werden droht. Eine Entlassung kommt vielmehr erst bei einer zumindest konkret drohenden erheblichen Schädigung des Nachlasses durch diesen in Betracht, für welchen Fall sie wohl auch dem enttäuschten in die Person des betroffenen Vollstreckers gesetzten Erblasservertrauen entsprechen wird.

Die Testamentsvollstrecker selbst haben darauf zu achten, daß alle im Außenverhältnis für den rechtsgeschäftlichen Verkehr relevanten letztwilligen Bestimmungen aus dem Testamentsvollstreckerzeugnis ersichtlich sind. So ist dieses insbesondere in Form eines Nachtragsvermerks zu berichtigen, wenn der Erblasser bestimmte Anordnungen für den Wegfall eines Mitvollstreckers getroffen hat und dieser Fall dann tatsächlich eintritt.

Abgesehen von einer abweichenden Erblasseranordnung beziehungsweise der Erledigung aller Aufgaben endet die Testamentsvollstreckung bei Verwaltung durch mehrere erst mit dem Tod, der Kündigung oder der Entlassung sämtlicher Mitvollstrecker beziehungsweise gemäß § 2210 S. 1 grundsätzlich spätestens nach 30 Jahren.

Um Auslegungszweifel zu vermeiden, sollte der Erblasser schließlich hinsichtlich seiner Anordnungen auf die dargestellten gängigen Formulierungsvorschläge der kautelarjuristischen Praxis zurückgreifen. Hinsichtlich ganz individueller Regelungen sollte allerdings Rechtsrat durch einen erbrechtlich erfahrenen und versierten Rechtsanwalt oder einen Notar eingeholt werden.

Den mannigfaltigen Gestaltungsmöglichkeiten der Verwaltung des Nachlasses durch mehrere Testamentsvollstrecker stehen somit zahlreiche einzukalkulierende Problemfelder gegenüber. Der Erblasser sollte deshalb für seine konkrete Nachlaßsituation eine umfassende Abwägung vornehmen. Entscheidet er sich dann bewußt für die Einsetzung mehrerer Testamentsvollstrecker sollte er zumindest eine die wichtigsten Konfliktfelder regelnde Testamentsvollstreckerordnung abfassen, die aber wiederum aufgrund der Dauer der Verwaltung und damit einhergehender im Detail unvorhersehbarer Entwicklungen und Veränderungen zugleich keineswegs zu starr sein darf, sondern die Flexibilität der Verwaltung gewährleisten muß. Hier ist ein wahrlich gleichsam umsichtiger wie gut beratener Erblasser gefordert.

Lebenslauf

Persönliche Angaben	geboren am 15.8.1976 in München
Schule	1982-1986 Grundschule Feldkirchen 1986-1995 Gymnasium Bad Reichenhall Bestehen der Prüfung beim Ministerialbeauftragten für das Hochbegabtenstipendium nach dem BayBFG
Wehrdienst	1995-1996 Gebirgsjägerbataillon 231 Bad Reichenhall
Hochschule	1996-2001 Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Passau 1996-1999 Fachspezifische Fremdsprachenausbildung in Italienisch und Französisch Erste Juristische Staatsprüfung 2001/II
Praktika	Amtsgericht Passau, studio legale Mauro Bigi und studio legale Francesco Fanelli (Perugia), Notariat Stracke & Bödding (Münster)
Promotion	seit September 2002 Promotion im Testamentsvollstreckungsrecht bei Prof. Dr. Wolfgang Reimann
Referendariat	seit April 2004 Referendariat im OLG-Bezirk München

München, den 7.12.2004

Klaus Molitoris

